Universidad de Valladolid

Escuela de Doctorado Universidad de Valladolid

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO

TESIS DOCTORAL:

LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EN EL DERECHO INTERNACIONAL, EUROPEO Y ESPAÑOL: EL DERECHO DE LA PERSONA FRENTE A LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS

Presentada por Ana Hernández Rodríguez para
optar al grado de
Doctor/a por la Universidad de Valladolid

Dirigida por:
Dámaso F. Javier Vicente Blanco

Gracias a los tiempos difíciles que nos hacen ser mejores, a la constancia, a las ganas de seguir aprendiendo cada día y a la motivación de sentirse útil con aquellos que tienen que dejar su hogar para buscar algo mejor, porque todos somos migrantes de algo o alguien.

A Dámaso, que me cogió de la mano para guiarme en este camino.

A Carmen, Marta, Ofe y Mery, por ser mi faro, para que sigan mil años más. A mis amigos, y los que vendrán, por ser mi familia elegida, por todo lo que me han enseñado y las oportunidades que me han dado, en especial a Manolo que creyó en mí, cuando ni yo misma lo hacía.

A mi familia y más a las nuevas cepas, por ser mi sol y el hogar al que siempre quiero volver.

Y sobre todo, a mis padres, sin los que nada tiene sentido, para darles una milésima parte del orgullo que siento por ellos, que emigraron de la nada y son mi todo.

TABLA DE CONTENIDOS

ABREVIATURAS **14**

INTRODUCCIÓN **17**

PARTE PRIMERA – LIBERTAD DE CIRCULACIÓN, DERECHOS FUNDAMENTALES Y EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS **21**

CAPÍTULO I – LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN: PUNTO DE PARTIDA **22**

I. INTRODUCCIÓN **22**

II. CONSIDERACIONES HISTÓRICAS Y FILOSÓFICAS SOBRE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN **24**

A. LA ANTIGÜEDAD: DEL BÁRBARO AL EXTRANJERO **24**

B. DEL IUS COMMUNICATIONIS A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN **27**

III. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN EN GENERAL Y DE LA EXPULSIÓN EN PARTICULAR **31**

A. LA NACIONALIDAD **31**

B. CONCEPTOS AFINES: CIUDADANO, SÚBDITO Y NATURAL **32**

C. CONCEPTO DE EXTRANJERO Y SUS DIFERENTES CATEGORÍAS **35**

IV. CONFIGURACIÓN INTERNACIONAL ACTUAL DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN. CONFIGURACIÓN REGIONAL NO EUROPEA **40**

A. CONFIGURACIÓN INTERNACIONAL EN NORMAS UNIVERSALES **40**

B. CONFIGURACIÓN REGIONAL NO EUROPEA **42**

1. La libertad de circulación y la expulsión de extranjeros en el ámbito regional americano 42
2. Ámbito regional africano y árabe 45

V. CONFIGURACIÓN EUROPEA ACTUAL DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN **46**

A. ÁMBITO REGIONAL EUROPEO: LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EN EUROPA **46**

1. El régimen comunitario y la libre circulación y residencia de ciudadanos de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo de 1994. Su configuración frente a la expulsión 47
2. Restricciones de la libertad de circulación en el régimen comunitario: orden público, seguridad o salud pública 49
3. Residentes de larga duración 54

B. PROTECCIÓN DE LOS FAMILIARES DE NACIONALES DEL ESPACIO ECONÓMICO EUROPEO O SUIZOS **55**

C. NACIONALES TURCOS **57**

D. LOS CIUDADANOS BRITÁNICOS: LO QUE EL BREXIT HA DESUNIDO **58**

1. Nacionales del Reino Unido o sus familiares residentes en España beneficiarios del acuerdo de retirada 59
2. Nacionales del Reino Unido o sus familiares que quieran residir en España a partir del 1 de enero de 2021 y que no sean beneficiarios del acuerdo de retirada 60

E. LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA DE LOS BENEFICIARIOS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL **60**

VI. CONFIGURACIÓN DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN EN RELACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS 63

VII. LIBERTAD DE CIRCULACIÓN, IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL 65

A. EL ENCAJE CONSTITUCIONAL 65

B. IGUALDAD DE DERECHOS ENTRE ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS. EL CRITERIO DEL TC EN RELACIÓN CON LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN. 67

VIII. INFLUENCIA DEL COVID-19 EN LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN 72

A. LA RESPUESTA ANTE LA PANDEMIA 72

B. PRINCIPALES CONSECUENCIAS DE LA PANDEMIA EN EL ÁMBITO DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN PARA LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA 75

1. Controles especiales y cierre de fronteras 75
2. Empeoramiento de la situación general en el ámbito de extranjería por la pandemia 77

CAPÍTULO II – LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS Y SU REGULACIÓN EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES 79

I. INTRODUCCIÓN 79

II. CONCEPTO DE EXPULSIÓN Y OTRAS FORMAS DE SALIDA FORZOSA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL 79

A. EXPULSIÓN 79

B. DEPORTACIÓN 80

C. EXTRADICIÓN 81

D. ALEJAMIENTO 81

E. CONDUCCIÓN A LA FRONTERA 82

F. DEVOLUCIÓN 83

G. NO ADMISIÓN 84

H. TRASLADO, TRANSFERENCIA, ENTREGA 84

III. RELACIÓN ENTRE NACIONALIDAD Y EXPULSIÓN 86

A. LA PROHIBICIÓN DE EXPULSIÓN DE NACIONALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL 86

B. EXCEPCIONES A LA NO EXPULSIÓN DE NACIONALES 89

Caso de Nicaragua 2023 91

IV. REGULACIÓN DE LA EXPULSIÓN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL 92

A. EL PUNTO DE PARTIDA: LA EXPULSIÓN COMO DERECHO DEL ESTADO 92

B. PRIMER INTENTO REGULATORIO: LOS TRABAJOS DEL INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL (IDI) 93

C. LAS REGLAS INTERNACIONALES SOBRE LA ADMISIÓN Y EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS DEL IDI DE 1892 96

D. SEGUNDO INTENTO DE REGULAR LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS: EL PROYECTO DE ARTICULADO SOBRE LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS (CDI) DE 2014 99

E. DELIMITACIÓN DE LA EXPULSIÓN EN DE EXTRANJEROS EN EL PROYECTO DE ARTICULADO DE LA CDI 101

1. Requisitos de la expulsión del texto y su aplicación 102
2. Expulsiones prohibidas 103

3. La protección de los derechos de los extranjeros objeto de expulsión. Protección de la integridad personal, del respeto a la vida familiar y de los bienes 107
4. Protección otorgada por el Estado de destino 113
5. Protección absoluta del Estado receptor de expulsión 115
6. Protección del Estado de tránsito 116
7. Reglas específicas de procedimiento contempladas en el proyecto de la CDI 117
8. Consecuencias jurídicas de la expulsión 119

V. OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE CONTIENEN NORMAS APLICABLES A LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS 121

A. EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS DE 1966 Y SU APLICACIÓN A LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS 121

1. Límites del Pacto a la expulsión de extranjeros 125
2. El límite de prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes 130
3. Otros límites contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos . 132

B. EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS Y EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES 136

CAPÍTULO III – LA EXPULSIÓN Y LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. INSTRUMENTOS QUE PROTEGEN FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN 139

I. INTRODUCCIÓN 139

II. LÍMITES A LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS DESDE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE PROTEGEN LOS DERECHOS HUMANOS 142

A. LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS DE 1948 FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN 144

B. LA DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL DE 1963 147

C. LA DECLARACIÓN SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS QUE NO POSEEN NACIONALIDAD DEL PAÍS EN EL CUAL VIVEN DE 1985 148

III. NORMAS INTERNACIONALES VINCULANTES SOBRE DISCRIMINACIÓN RACIAL Y LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS: LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL DE 1965 150

A. LOS CARACTERES DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL DE 1965 150

B. DERECHOS EXPRESAMENTE RECONOCIDOS A LOS EXTRANJEROS POR LA CONVENCIÓN 154

C. OTROS ACTOS DEL COMITÉ SOBRE DISCRIMINACIÓN RACIAL EN RELACIÓN CON LA EXPULSIÓN 155

D. LA DOBLE DISCRIMINACIÓN: RACIAL Y GÉNERO 157

IV. OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES CONTRA LA DISCRIMINACIÓN POR RAZA U ORIGEN NACIONAL 158

A. LA DECLARACIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS PERTENECIENTES A MINORÍAS NACIONALES O ÉTNICAS, RELIGIOSAS Y LINGÜÍSTICAS DE 1992 158

B. LA DECLARACIÓN Y EL PROGRAMA DE ACCIÓN DE DURBAN (DE LA CONFERENCIA MUNDIAL CONTRA EL RACISMO, LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, LA XENOFOBIA Y LAS FORMAS CONEXAS DE INTOLERANCIA DE 2001) Y EL DOCUMENTO FINAL DE LA CONFERENCIA DE EXAMEN DE DURBAN DE 2009. 159

V. LA PROTECCIÓN FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN RACIAL DESDE EL ÁMBITO REGIONAL Y SU APLICACIÓN A LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS....160

A. EUROPA....160

1. Del Consejo de Europa a la definición de la nacionalidad....160
2. Discriminación racial y el discurso del odio en el ámbito europeo....161
3. La discriminación racial en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950....163
4. El trato diferenciado por status migratorio....168
5. La discriminación racial en la Carta Social Europea de 1961....169
6. Convenio-Marco para la Protección de las Minorías Nacionales de 1995....171
7. El papel de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE)...173
8. La Unión Europea y las normas y mecanismos específicos contra el racismo aplicado al ámbito de la expulsión de extranjeros....174

B. ÁMBITO REGIONAL AMERICANO....180

C. ÁMBITO REGIONAL AFRICANO....186

1. La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981....186
2. Decisión de la Comisión Africana sobre el genocidio de Ruanda de 1996....188
3. Carta Africana sobre los Derechos y Bienestar del Niño de 1990....189

VI. OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES FRENTE A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS: LA UNESCO....189

A. EL PROCEDIMIENTO ANTE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA (UNESCO)....190

B. PASOS PARA EXAMINAR LAS COMUNICACIONES....196

C. ASUNTOS RESUELTOS RELACIONADOS CON LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS Y LA DISCRIMINACIÓN....198

CAPÍTULO IV – INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL FRENTE A OTROS TIPOS DE DISCRIMINACIÓN EN RELACIÓN CON LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS....200

I. INTRODUCCIÓN....200

II. PROTECCIÓN FRENTE A LAS EXPULSIONES DESDE LOS INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN A LA MUJER....202

A. LA CONVENCIÓN DE LAS NNUU SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER DE 1979....202

Mujeres extranjeras objeto de expulsión y la Convención....206

B. OTRA PROTECCIÓN INTERNACIONAL APLICABLE SOBRE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EXTRANJERAS....209

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998....211

C. PROTECCIÓN DESDE EL ÁMBITO REGIONAL....211

1. Europa....211
   El Convenio de Estambul de 2011....212
   Otros instrumentos europeos....213
2. Ámbito regional latinoamericano....214
3. Ámbito regional africano....215

III. LA PROTECCIÓN FRENTE A LA EXPULSIÓN DE LOS MENORES EXTRANJEROS EN LOS PRINCIPALES INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO....216

A. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1989 EN RELACIÓN A LOS MENORES EXTRANJEROS 217

B. LAS COMUNICACIONES INDIVIDUALES CONTRA ESPAÑA SOBRE MENORES NO ACOMPAÑADOS (2017-2020) 221

La expulsión de los menores acompañados 226

C. LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES EXTRANJEROS DESDE LOS INSTRUMENTOS DE ÁMBITO REGIONAL 227

1. Ámbito regional europeo 227
2. Ámbito regional americano 240
3. Ámbito regional africano 247

D. OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES GENERALES APLICABLES A LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES EXTRANJEROS 248

1. Convención de las Naciones Unidas de 2000 contra la Delincuencia Organizada Transnacional: el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire 248
2. Principios y Directrices Recomendados sobre los Derechos Humanos y la Trata de Personas de 2002 249
3. Convención Internacional sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzada de 2010 251

IV. INSTRUMENTOS FRENTE A LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EN EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD 252

A. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE 2006 . 252

B. OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y REGIONALES 256

V. PROTECCIÓN FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN EN LA EXPULSIÓN DE TRABAJADORES MIGRANTES 259

A. INTRODUCCIÓN 259

B. CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES DE 1990 259

C. PRINCIPALES INSTRUMENTOS DE LA OIT EN LA PROTECCIÓN DE TRABAJADORES EXTRANJEROS 264

PARTE SEGUNDA – LA PROTECCIÓN FRENTE A LA EXPULSIÓN DESDE EL PRINCIPIO DE *NON REFOULEMENT* 271

CAPÍTULO V – LA PROTECCIÓN QUE OTORGA EL PRINCIPIO DE *NON REFOULEMENT* FRENTE A LA EXPULSIÓN DE SOLICITANTES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL 272

I. LA PROTECCIÓN QUE OTORGA LA CONVENCIÓN DE GINEBRA DE 1951 SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS 272

A. ¿QUIÉN TIENE DERECHO A OBTENER EL ESTATUS DE REFUGIADO? 272

B. ELEMENTOS QUE DEFINEN EL STATUS DE REFUGIADO: FUNDADOS TEMORES 273

C. SER PERSEGUIDO: ELEMENTO ESENCIAL Y DIFERENCIADOR DE OTRO TIPO DE PROTECCIÓN 275

D. ABUSO EQUIVALENTE A PERSECUCIÓN 277

E. DISCRIMINACIÓN COMO ACTO EQUIVALENTE A PERSECUCIÓN 278

F. PERSECUCIÓN MOTIVADA POR LA ORIENTACIÓN SEXUAL 279

G. LA TRATA DE PERSONAS PARA LA PROSTITUCIÓN O EXPLOTACIÓN SEXUAL FORZOSA COMO UNA FORMA DE PERSECUCIÓN 279

H. ¿QUIÉN PERSIGUE? 281

I. MOTIVOS RECONOCIDOS EXPRESAMENTE DE PERSECUCIÓN: RAZA, RELIGIÓN, NACIONALIDAD, PERTENENCIA A DETERMINADO GRUPO SOCIAL U OPINIONES POLÍTICAS 282

1. Raza 282
2. Religión 282
3. Nacionalidad 283
4. Pertenencia a determinado grupo social 283
5. Opiniones políticas 283

J. PUNTOS DÉBILES DE LA PROTECCIÓN DE OTORGA LA CONVENCIÓN 284

II. PRINCIPAL PROTECCIÓN DEL SOLICITANTE DE ASILO. LOS ELEMENTOS ESENCIALES PARA CONSTRUIR EL PRINCIPIO DE *NO DEVOLUCIÓN* 285

A. ASILO, REFUGIO Y FIGURAS AFINES 286

B. PRINCIPIO DE *NON REFOULEMENT* Y SUS EXCEPCIONES 288

C. LAS EXCEPCIONES A LA PROTECCIÓN FRENTE A LA EXPULSIÓN CONFORME A LA CONVENCIÓN 291

1. Amenaza para la seguridad nacional 292
2. Condena firme 292
3. Amenaza para la comunidad 293

III. ARTICULACIÓN DE LA PROTECCIÓN A LOS SOLICITANTES DE ASILO EN EL ÁMBITO EUROPEO. DEL SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO AL PACTO EUROPEO DE MIGRACIÓN Y ASILO DE 2020 293

A. INTRODUCCIÓN 294

B. EL SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO 296

C. LA «DIRECTIVA DE RECONOCIMIENTO» DE 2011 Y EL ALCANCE DE SU PROTECCIÓN 298

1. La Directiva de 2011 y su función 298
2. Valoración de los hechos que dan lugar a la protección 299
3. Concepto de persecución en la Directiva de Reconocimiento 301
4. Motivos de persecución 302
5. El Tribunal de Justicia Europeo y los motivos de persecución 303
6. Excepciones al reconocimiento de la protección internacional en la Directiva de Reconocimiento 307
7. La protección subsidiaria en la Directiva de Reconocimiento 309
8. Limitaciones a la protección subsidiaria y su revocación 311
9. Otras particularidades de persecución reconocidas en la Directica de Reconocimiento: refugiados palestinos 314
10. Protección frente a la expulsión según lo dispuesto en la Directiva 317

D. LAS DIRECTIVAS DE 2013 SOBRE PROCEDIMIENTO Y CONDICIONES DE ACOGIDA Y LA EXPULSIÓN DE SOLICITANTES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL 320

1. Las directivas de 2013 y su función 320
2. Las personas especialmente vulnerables y el principio de no devolución 321

E. OTRA NORMATIVA APLICABLE EN EL SISTEMA EUROPEO DE ASILO 323

F. EL NUEVO PACTO EUROPEO DE MIGRACIÓN Y ASILO DE 2020 326

1. El Pacto 326
2. Situación actual del Pacto 329

G. CONSECUENCIAS DE LA INVASIÓN DE UCRANIA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS REFUGIADAS 330

1. Introducción 330
2. Problemática planteada por la protección temporal para los refugiados ucranianos (PT) y posibles soluciones ante la finalización de su vigencia 332
3. Propuestas planteadas para dar solución a dicha problemática 333

CAPÍTULO VI – LA PROTECCIÓN FRENTE A LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES COMO LÍMITE FRENTE A LA EXPULSIÓN 337

I. LA PROTECCIÓN FRENTE A LA TORTURA DESDE LOS PRINCIPALES INSTRUMENTOS INTERNACIONALES 337

A. LA CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES 342

1. Introducción 342
2. La obligación de no devolución 344
3. Agente causante 350
4. Límites entre torturas y tratos o penas inhumanas o degradantes 352
5. Cuadro persistente de violaciones 353
6. Las condiciones de detención como motivo de vulneración del Convenio 356
7. Protección frente a la expulsión que otorga el artículo 3 de la Convención 357
8. Relación entre el artículo 3 de la Convención y los tratados de extradición 361

II. PROTECCIÓN DESDE EL ÁMBITO REGIONAL EUROPEO 362

A. LA REGULACIÓN EN EL CEDH 362

1. El concepto de tortura 363
2. Trato inhumano y degradante 366
3. La pena de muerte como trato inhumano 367
4. Condiciones de detención y aislamiento 368
5. La protección específica que ofrece el artículo 3 del CEDH frente a la expulsión del extranjero 370

B. PRINCIPALES ASPECTOS QUE VALORA EL TEDH PARA DETERMINAR LA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 3 DEL CEDH 372

1. Circunstancias subjetivas, la especial vulnerabilidad 372
2. Motivos de salud 376
3. Circunstancias objetivas y responsabilidad del Estado: pena de muerta y cadena perpetua 378
4. Otras condiciones que determinan responsabilidad del Estado expulsor 381
5. Amenaza contra la seguridad nacional: opositores políticos, miembros de organizaciones ilegales y personas acusadas de terrorismo 383
6. Responsabilidad del Estado y actores no estatales 387
7. Las garantías diplomáticas como mecanismo de protección 389

C. PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE LA PROTECCIÓN QUE OTORGA EL CEDH FRENTE A LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS Y LA PROTECCIÓN DEL PRINCIPIO DE «NO DEVOLUCIÓN» DE LOS REFUGIADOS SEGÚN LA CONVENCIÓN SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS DE 1951 ..393

D. OTRAS FORMAS DE PROTECCIÓN FRENTE A LA EXPULSIÓN: LA REUBICACIÓN Y LAS MEDIDAS CAUTELARES 396

1. Reubicación 396
2. Las medidas cautelares: el caso del Reino Unido y las deportaciones a Ruanda 398
3. Las medidas cautelares como freno a la expulsión de extranjeros 402
4. Aplicación práctica en los casos de expulsión de extranjeros 410

E. NORMATIVA COMUNITARIA APLICABLE A LA PROTECCIÓN FRENTE A LA EXPULSIÓN EN CASO DE PELIGRO DE TORTURAS O PENAS O TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES 412

III. PROTECCIÓN FRENTE A LA TORTURA Y SU APLICACIÓN A LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS DESDE EL ÁMBITO INTERAMERICANO 415

IV. ÁMBITO AFRICANO Y LA PROTECCIÓN FRENTE A LAS TORTURAS 420

V. A MODO DE CONCLUSIÓN 421

PARTE TERCERA – ORDENAMIENTO ESPAÑOL Y EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS.. 422

CAPÍTULO VII – LÍMITES DE LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EN EL DERECHO ESPAÑOL 423

I. INTRODUCCIÓN 423

II. CIFRAS Y LETRAS. PROBLEMÁTICA RECIENTE EN ESPAÑA 424

A. LA EVOLUCIÓN EN ESPAÑA DE LOS DATOS SOBRE MIGRACIÓN Y ASILO 424

B. ALGUNOS DATOS ECONÓMICOS 429

III. ORIGEN DE LA REGULACIÓN DE EXTRANJERÍA EN ESPAÑA 431

A. LA REGULACIÓN GENERAL 431

B. LA FRONTERA DE CEUTA Y MELILLA 436

IV. REGULACIÓN DE LA ENTRADA DE EXTRANJEROS EN ESPAÑA: DENEGACIÓN DE ENTRADA O RECHAZO EN FRONTERA, Y RECHAZO EN LA FRONTERA DE CEUTA Y MELILLA 442

A. LA REGULACIÓN DE LA ENTRADA EN LA LEY ORGÁNICA DE EXTRANJERÍA 442

B. SUPUESTOS EN FRONTERA: DENEGACIÓN DE ENTRADA O RECHAZO EN FRONTERA..... 444

C. INADMISIÓN Y DENEGACIÓN EN FRONTERA DE SOLICITUD DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL 447

V. LA SALIDA FORZOSA DE ESPAÑA Y SUS MANIFESTACIONES: LA EXPULSIÓN 452

A. SALIDA OBLIGATORIA DE TERRITORIO ESPAÑOL Y EXPULSIÓN 452

B. EXPULSIÓN GUBERNATIVA O ADMINISTRATIVA 454

1. Expulsión como medida sustitutiva de la sanción de multa 454
2. Infracciones que dan lugar a la expulsión 456
3. Causa de expulsión: condena por una conducta dolosa sancionada con pena privativa de libertad superior a un año. 459
4. El debate sobre la condena efectiva 465
5. Posición del Tribunal Supremo ante la encrucijada de pena en abstracto o pena en concreto 467
6. Cambio de criterio del TS: valoración caso por caso, residentes de larga duración y orden público 470

C. EXPULSIÓN HÍBRIDA: ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL 472

1. Extranjero procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta 472
2. Diferencias entre los dos supuestos de expulsiones de extranjeros en caso de delitos con pena privativa de libertad, una gubernativa del art. 57.2 y la expulsión híbrida del art. 57.7.a) 474

D. EXPULSIÓN JUDICIAL 475

1. Extranjeros ya condenados penalmente: cuando la expulsión judicial es sustitutiva de la pena de prisión 476

2. Excepciones a la sustitución de la pena por la expulsión....482
3. Expulsión como sustitutivo de una medida de seguridad, 108 CP....487
4. Efectos de la expulsión judicial....488

VI. EXPULSIÓN FORZOSA Y LAS DENOMINADAS EXPULSIONES EXPRÉS....490

VII. EXPULSIÓN DE CIUDADANOS COMUNITARIOS: REQUISITOS DE LA RESOLUCIÓN DE EXPULSIÓN....493

A. LAS CONDICIONES DE EXPULSIÓN DE LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN EUROPEA....493

B. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN COMUNITARIO DE EXPULSIÓN....495

C. MOTIVOS IMPERIOSOS DE SEGURIDAD PÚBLICA....497

D. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DE EXPULSIÓN: PARTICULARIDADES DEL PROCEDIMIENTO EN NUESTRO ORDENAMIENTO....500

VIII. OTROS CASOS ESPECIALES DE EXPULSIÓN....501

A. EXPULSIÓN DE MENORES NO ACOMPAÑADOS....501

1. Determinación de la minoría de edad....502
2. Menores no acompañados....504
3. Procedimiento....504
4. Adquisición de la mayoría de edad mientras están internados y se enfrentan a la expulsión....506

B. REPATRIACIÓN DE LOS MENORES: POLÉMICA RECIENTE....507

C. OPINIÓN DEL TJUE SOBRE EL RETORNO DE MENORES NO ACOMPAÑADOS....509

IX. SUPUESTOS EN LOS QUE NO PROCEDE LA EXPULSIÓN....511

A. POSIBILIDAD DE REVOCACIÓN DE LA ORDEN DE EXPULSIÓN: INFRACCIONES DEL ART. 53. 1. A) O B) DE LA LOEX....513

B. LA IMPORTANCIA DEL ARRAIGO: RECIENTE UNIFICACIÓN DE DOCTRINA....514

X. PROCEDIMIENTO DE EXPULSIÓN....516

A. PROCEDIMIENTO ORDINARIO....517

1. Inicio del procedimiento....518
2. Trámite de audiencia....519
3. Resolución....520

B. PROCEDIMIENTO PREFERENTE....520

1. Iniciación y tramitación del procedimiento preferente....521
2. Alegaciones y prueba....522

C. CONCURRENCIA DE PROCEDIMIENTOS....523

D. RELACIÓN ENTRE AMBAS MODALIDADES DE PROCEDIMIENTO SANCIONADOR Y CONSECUENCIAS EN EL ÁMBITO PROTECTOR DE SU ELECCIÓN....524

E. SOBRE LA POSIBILIDAD DE APLICAR MEDIDAS CAUTELARES....526

Debate sobre la legalidad de la retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad....527

F. CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN DEL PROCEDIMIENTO....529

XI. OTROS EFECTOS DE LA EXPULSIÓN....530

XII. LA PROTECCIÓN FRENTE A LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EN EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN DE DATOS....533

A. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES Y EL ACCESO DE LA POLICÍA A LOS DATOS DEL PADRÓN DE LOS EXTRANJEROS: LA STC 17/2013 533

B. EL VOTO PARTICULAR EN LA STC 17/2013 Y SUS RAZONES 536

CAPÍTULO VIII – LÍMITES A LA DEVOLUCIÓN Y OTRAS FORMAS DE SALIDA FORZOSA EN ESPAÑA 543

I. INTRODUCCIÓN 543

II. ORÍGENES Y ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DE LA DEVOLUCIÓN 545

A. LA LEY DE EXTRANJERÍA DE 1985 545

B. PRINCIPALES ELEMENTOS QUE CARACTERIZAN LA DEVOLUCIÓN Y DIFERENCIAS CON LA EXPULSIÓN 546

1. La diferente naturaleza jurídica 546
2. Controversias sobre la naturaleza jurídica 551

C. DEVOLUCIÓN Y PROHIBICIÓN DE ENTRADA 554

1. El carácter sancionatorio de la prohibición de entrada 554
2. La prohibición de entrada a raíz de la STC 17/2013, de 31 de enero 556

D. PROTECCIÓN FRENTE A LA DEVOLUCIÓN 559

1. Excepciones, situaciones especiales y revocación 559
2. Protección a través de la revocación de la orden de devolución 563

III. PROCEDIMIENTO PARA LLEVAR A CABO LA DEVOLUCIÓN 564

A. FUNDAMENTO DEL PROCEDIMIENTO 564

B. CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO 568

IV. EFECTOS DE LA DEVOLUCIÓN 571

A. PROHIBICIÓN DE ENTRADA Y SALIDA OBLIGATORIA 571

B. EJECUCIÓN FORZOSA DE LA SALIDA EN CASO DE DEVOLUCIÓN 573

C. LA DETENCIÓN PREVENTIVA Y LA EJECUCIÓN FORZOSA DE UNA ORDEN DE DEVOLUCIÓN 574

D. CONSECUENCIAS DE LAS DETENCIONES Y DEVOLUCIONES TRAS LA ÚLTIMA CRISIS CANARIA 577

E. MEDIDAS DE APOYO A LA DEVOLUCIÓN Y CONVENIOS DE READMISIÓN 578

1. Otros Acuerdos y Convenios de Readmisión 580

V. EL CONTROL JURISDICCIONAL SOBRE LA DEVOLUCIÓN DE EXTRANJEROS 584

VI. LAS DEVOLUCIONES Y EL RECHAZO CONTEMPLADO PARA LOS CASOS DE LA FRONTERA DE CEUTA Y MELILLA 585

A. LA CREACIÓN DE UNA NUEVA FIGURA DE RECHAZO 585

B. CLAVES DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE RECHAZO DE LOS EXTRANJEROS QUE INTENTEN ENTRAR ILEGALMENTE POR LA FRONTERA DE CEUTA Y MELILLA 587

C. PUNTOS POLÉMICOS: EL CONTROL JUDICIAL 592

D. RESPETO AL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN 593

E. EXPULSIONES COLECTIVAS O «DEVOLUCIONES EN CALIENTE» 596

VII. PRONUNCIAMIENTOS MÁS RECIENTES DEL TEDH RELATIVOS A LA PROHIBICIÓN DE LAS «DEVOLUCIONES EN CALIENTE» O EXPULSIONES COLECTIVAS DE EXTRANJEROS: EL CAMBIO DE CRITERIO Y EFECTOS 604

A. EL CASO N.D Y N. T CONTRA ESPAÑA 604

B. VALORACIÓN Y OTRAS POSIBLES SOLUCIONES PLANTEABLES 612
C. PROPUESTA DE SOLUCIONES 615
D. OTRAS POSIBLES SOLUCIONES 618
VIII. REPERCUSIÓN DE LA PANDEMIA EN LAS SALIDAS FORZOSAS 621
CONCLUSIONES 626
FUENTES 634

ABREVIATURAS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AA.VV.	Autores varios
ACNUDH	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
AGNU	Asamblea General de las Naciones Unidas
APT	Asociación para la Prevención de la Tortura
Aptdo./aptdos.	Apartado/apartados
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
BOE	Boletín Oficial del Estado
c.	contra
CADH	Convención Americana de los Derechos Humanos
CADHP	Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos
CAFDH	Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos
CAT	Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CCPR	Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas
CDCD	Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CDH	Consejo de Derechos Humanos
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CE	Constitución Española
CEAR	Comisión Española de Ayuda al Refugiado
CED	Convención Internacional sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas
CEDAW	Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer
CEDS	Comité Europeo de Derechos Sociales
CEE	Comunidad Económica Europea
CEJIL	Centro por la Justicia y el Derecho Internacional
CEPT	Comité Europeo para la Prevención de la Tortura
CERD	Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial
CES	Consejo Económico y Social de España
CESCR	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas
CETI	Centro de Estancia Temporal para Inmigrantes
Cfr.	Compárese con
CGAE	Consejo General de la Abogacía Española
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIE	Centro para Internamiento de Extranjeros
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CMPMN	Convenio-Marco para la Protección de las Minorías Nacionales
CMW	Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares
Coord./coords.	Coordinador/coordinadores
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CP	Código Penal
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
CRC	Comité de los Derechos del Niño
CRPD	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
CSE	Carta Social Europea
DDHH	Derechos Humanos

Dir./dirs.	Director/directores
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
EASO	Oficina Europea de Apoyo al Asilo
ECOSOC	Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas
ECRI	Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia
Ed./eds.	Edición/editor/editores
EEE	Espacio Económico Europeo
et al.	*et aliter* (y otros)
EUMC	Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia
FGE	Fiscalía General del Estado
FJ/FFJJ	Fundamento Jurídico/Fundamentos Jurídicos
FRA	Agencia Europea de Derechos Fundamentales
HRW	Human Rights Watch
Ibid.	En el mismo lugar
ICAM	Ilustre Colegio de Abogados de Madrid
IDI	Instituto de Derecho Internacional
ILA	*International Law Association* (Asociación de Derecho Internacional)
INE	Instituto Nacional de Estadística
LBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local
LECrim	Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOE	Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros
LOEX	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
LOPD	Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales
LOPJM	Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor
LORPM	Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores
LOSC	Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana
MENA	Menores no acompañados
Núm.	Número
OACI	Organización de Aviación Civil Internacional
OAR	Oficina de Asilo y Refugio
OEA	Organización de Estados Americanos
OIM	Organización Internacional para las Migraciones
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OOPS	Organismo de Obras Públicas y Socorro de las Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina en el Cercano Oriente
Op.cit.	Obra citada
OSCE	Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa
OUA	Organización de la Unidad Africana
p./pp.	Página/páginas
Párr./págs.	Párrafo/párrafos
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
RD	Real Decreto
RFSY	República Federativa Socialista de Yugoslavia
RGPD	Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento General de Protección de Datos)
RLOEX	RLOEX Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009

SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SECA	Sistema Europeo Común de Asilo
ss.	siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos
STJCE/STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas/de la Unión Europea
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
UIP	Unión Interparlamentaria
UNCAT	Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
Vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

La libertad de circulación surge de manera natural en el momento en que el hombre empieza a desplazarse, aunque la condición errante de nuestros orígenes comenzó a atemperarse con llegada de la agricultura y la prosperidad, como ancla principal del *homo migrantis*. Desde entonces, ha ido evolucionado al ritmo que han marcado los cambios económicos, políticos, demográficos, tecnológicos e incluso climáticos, en un contexto globalizado y con circunstancias imprevisibles.

Sin embargo, a pesar de que esta realidad existe desde que existe el hombre, el concepto de migrante no ha hallado reflejo entre los términos jurídicos, siendo lo más aproximado el concepto de extranjero que sí ha definido el Derecho internacional, de una manera no especialmente compleja, al considerar como tal a aquella persona que no es nacional de un Estado determinado, lo que abarcaría a una multitud de categorías con diferentes matices como al apátrida, el asilado, el refugiado, el solicitante de protección internacional o protección humanitaria y también a todo tipo de migrante[1].

Al mismo tiempo, en paralelo a la evolución del movimiento de personas, también ha ido creciendo la desconfianza hacia el extranjero y con ella, la tentación de replegarse hacia sí mismo, por lo que, tal y como pretendemos defender en este trabajo, es necesario defender el tejido de un entramado normativo consistente que pueda amparar la multitud de situaciones que se van generando, para aplacar así también la tentación discriminatoria hacia el extranjero. Y es que, tal y como veremos, en la configuración legal actual de los Estados, es frecuente encontrarnos con lo que Javier de Lucas ha denominado la institucionalización de la exclusión[2]. Entre todas las formas de discriminación existentes, la que consideramos principal por ser permitida frente a los nacionales, es la aplicación de la expulsión en exclusiva para los no nacionales.

Para defender la necesidad de cambiar y dar una respuesta a este *status quo,* partiremos del concepto de libertad de circulación, entendida como el derecho de salir de cualquier país y de regresar al propio, pero vamos a estudiar otro enfoque de la misma, centrándonos en su acotación más extrema a través de la capacidad de expulsión de los extranjeros, así como sobre los límites en su ejercicio que suponen los instrumentos normativos internacionales existentes. En concreto, nos vamos a enfocar en las disposiciones internacionales como instrumentos que pueden servir para acotar esta potestad del Estado, principalmente, en el ámbito de los derechos humanos.

[1] Véase OIM, *Glosario de la OIM sobre inmigración n.º 34*, Ginebra, 2019.
[2] DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural,* Temas de Hoy, Madrid, 1994 (1ª ed.), p. 168.

Así, haremos un repaso de los principales instrumentos internacionales que protegen frente a la discriminación, pasando por la prohibición de la expulsión o devolución que supone el principio de *non refoulement*, entendiendo que la persecución es otra forma de discriminación, para desembocar en el modo en que se regula la expulsión de extranjeros en la normativa española.

La potestad de regular el derecho de admisión, entendida como parte del poder soberano de los Estados, así como la expulsión de las personas extranjeras, ha ido echando un pulso legal a los derechos del individuo, que si bien han ido evolucionando, todavía tienen que consolidarse en lo referente a las personas extranjeras. Exponemos en este trabajo cómo la expulsión constituye una asignatura pendiente sin una regulación unánime por parte de la comunidad internacional, a pesar de los intentos por parte de Naciones Unidas, cuyo principal amago de regulación no ha logrado el consenso suficiente. Lo cierto es que no existe en la actualidad ningún instrumento jurídico que contemple este aspecto. Por ello, este trabajo pretende, entre otras, exponer la necesidad de aprobar una herramienta, bien la intentada por Naciones Unidas, bien otra nueva, que contemple una mínima red normativa que frene o al menos, sirva de paracaídas, frente a numerosas actuaciones expulsivas de los Estados sobre individuos no nacionales que puedan conculcar los derechos de la persona.

Para ello, hemos realizado un estudio normativo, jurisprudencial y doctrinal dividido en tres partes. La primera, centrada en el auténtico significado de la libertad de circulación en el ámbito subjetivo y objetivo del mismo, para derivar en la delimitación del concepto de expulsión y las figuras afines. En este contexto, nos enfocamos en su regulación en el ámbito internacional y en cómo otros instrumentos internacionales del ámbito de los derechos humanos que protegen frente a la discriminación pueden, a su vez, actuar como límites a la capacidad de los Estados de expulsar a las personas extranjeras.

Una vez planteado cómo en el Derecho internacional encontramos instrumentos internacionales (aunque no sea a través de normas específicamente vinculantes) que pueden actuar como límites frente a la capacidad de los Estados de expulsar a personas extranjeras, vamos a centrarnos en cómo en el ámbito de los derechos humanos encontramos una mayor protección a la hora de delimitar las obligaciones que deben cumplir los Estados con las personas extranjeras. En concreto, nos centraremos en la discriminación, ya que, y como segunda premisa de este trabajo, la nacionalidad es el único motivo de discriminación aceptado en la normativa interna tal y como veremos en lo que atañe a la expulsión del territorio[3].

[3] Aunque la discriminación basada en la nacionalidad o el origen nacional se encuentra prohibida en varios instrumentos de Derecho internacional que se incardinan, principalmente, en el ámbito de los derechos humanos, como en la DUDH, o en el PIDCP.

Si bien la igualdad y la no discriminación se contemplan, de manera genérica, como principios, y de manera concreta, como derechos, este binomio, normalmente inescindible, constituiría la base sobre la que se sustenta el reconocimiento de los derechos de toda persona «sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición»[4]. En el Derecho internacional anterior a la Carta de las Naciones Unidas no existían normas universales positivizadas sobre el tratamiento que un Estado pudiera dar a los extranjeros, más allá de regular su posición jurídica conforme a un estándar mínimo de justicia y civilización del Derecho internacional general (respeto a su integridad personal, sus bienes, su derecho general a no ser discriminados ni tratados arbitrariamente, etc.). Pero tales obligaciones se debían a la nacionalidad del extranjero en cuestión, y no directamente a los individuos, ya que estos «no eran titulares de derechos subjetivos en el Derecho internacional tradicional»[5].

Tras el estudio de la expulsión de extranjeros en el ordenamiento jurídico internacional desde la perspectiva de la protección que ofrecen los instrumentos que protegen frente a la discriminación, estudiaremos en la segunda parte de este trabajo, el principio de *non refoulement* de los solicitantes de protección internacional. Tanto desde el punto de vista jurisprudencial y doctrinal sobre el enfoque que brinda el asilo y refugio, como desde la protección más absoluta que suponen los instrumentos que acotan los tratos inhumanos, crueles o la tortura, única protección absoluta con la que cuenta una persona extranjera ante la amenaza de expulsión cuando entre en conflicto con este tipo de tratos. Aquí reside la tercera premisa de esta tesis, que encuentra como única protección absoluta la de los instrumentos jurídicos que protegen frente ante la amenaza ante este tipo de amenaza de tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Finalmente, en la tercera parte de este trabajo analizaremos cómo se delimita en nuestra normativa interna el concepto de expulsión, y sus diferencias con figuras afines como la «devolución» o el «rechazo en frontera»; supuesto, este último, contemplado como tal en nuestra normativa actual sólo para hablar de una medida de contención ante un intento de entrada ilegal específico en Ceuta y Melilla. La realidad muestra que la entrada masiva en nuestras fronteras provoca en muchas ocasiones, el “rechazo en frontera” de personas extranjeras "sin haberse contemplado las previsiones legales tanto nacionales como internacionales", tal y como ha concluido el Defensor del Pueblo en su informe sobre la queja planteada ante la gravedad de unos hechos de 2022 en los que murieron decenas de personas. Plantearemos la problemática de lo que se conoce como

[4] Tal como sostiene el art. 2.1 de la DUDH.

[5] CARRILLO SALCEDO, J.A., *Dignidad frente a la barbarie: la Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*, Mínima Trotta, Madrid, 1999, p. 28.

“devoluciones en caliente”, también llamadas “expulsiones colectivas”, esto es, devoluciones automáticas, sin consideración individualizada, sin control judicial y sin respetar las obligaciones internacionales.

A propósito de esta realidad, analizamos en este trabajo el tratamiento de una figura no suficientemente clara, destacando, en primer lugar, la afirmación de que en nuestra normativa de extranjería no existe referencia legal explícita sobre este tipo de prácticas, esto es, la devoluciones colectivas. Igualmente, vamos a exponer cómo este tipo de salida forzosa de extranjeros se trataría, en todo caso, de devoluciones, no de expulsiones conforme a nuestro ordenamiento. Finalmente, analizaremos el giro dado por el TEDH en su Sentencia de 13 de febrero de 2020 referida a las devoluciones colectivas en Ceuta y Melilla en el asunto N.D. y N.T. c. España, lo que nos servirá de base para plantear soluciones alternativas a las ofrecidas por la Corte.

Para concluir, expondremos por qué delimitar estos diferentes conceptos es fundamental en aras de aplicar correctamente una legislación que, por otro lado, debería adecuarse con mayor rigor a las circunstancias actuales. Asimismo, señalaremos dónde es necesario apuntalar la normativa interna, proponiendo, en lugar de modificaciones coyunturales apuradas por las circunstancias, adecuaciones normativas que abarquen con rigor todos los supuestos posibles a fin de no dejar sin amparo legal actuaciones que en la práctica se están llevando a cabo, tal y como se está revelando a la luz de la reciente jurisprudencia, tanto nacional como europea.

PARTE PRIMERA

LIBERTAD DE CIRCULACIÓN, DERECHOS FUNDAMENTALES Y EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

CAPÍTULO I

LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN: PUNTO DE PARTIDA

«*El extranjero que resida con vosotros os será como uno nacido entre vosotros, y lo amarás como a ti mismo, porque extranjeros fuisteis vosotros en la tierra de Egipto*».
Levítico 19:34

I. INTRODUCCIÓN

Los movimientos de personas existen desde que existe el hombre, por lo que podríamos comenzar afirmando que la libertad de circulación surge de manera natural en el momento en que el hombre empieza a desplazarse. Este fenómeno, lejos de apaciguarse, previsiblemente continuará creciendo, evolucionado y meciéndose al ritmo de los cambios políticos, económicos, demográficos, tecnológicos e incluso climáticos, en un contexto globalizado con circunstancias cambiantes.

Partiendo del concepto de Bade, las migraciones son tan inherentes a la condición humana como la muerte, la formación de grupos familiares o la reproducción[6], aunque la naturaleza errante de nuestros orígenes comenzó a atemperarse con llegada de la revolución neolítica y la aparición de la agricultura, la tierra, sus frutos y la prosperidad, como ancla principal del *homo migrantis.* Sin embargo, migrante[7], que no es un término jurídico, es, generalmente, un extranjero, esto es, parafraseando a Simmel, un «lejano que está próximo»[8], y definido por el Derecho internacional como la persona que no es nacional de un Estado determinado, lo que abarcaría al apátrida, asilado, refugiado, al solicitante de protección internacional y a todo tipo de migrante[9].

---

[6] Véase, en global, BADE, K. J., *Europa en movimiento: las migraciones desde finales del siglo XVIII hasta nuestros días*, Crítica, Barcelona, 2003.

[7] La noción de migrar (inmigrar, emigrar) alude a un cambio de residencia: es un concepto demográfico y no refiere a otras consideraciones políticas, económicas o jurídicas. En el ámbito internacional no ha existido ninguna definición universalmente aceptada del término «migrante», la OIM lo define como «cualquier persona que se desplaza o se ha desplazado a través de una frontera internacional o dentro de un país, fuera de su lugar habitual de residencia independientemente de: su situación jurídica, el carácter voluntario o involuntario del desplazamiento, las causas del desplazamiento, o la duración de su estancia». Disponible en https://www.un.org/es/global-issues/migration. Este concepto abarcaría pues todo movimiento de personas, sea cual fuere su tamaño, su composición o sus causas, incluyendo la migración de refugiados, personas desplazadas, personas desarraigadas o migrantes económicos.

[8] Véase, en global, SIMMEL, G., SCHÜTZ, A., ELIAS, N. y CACCIARI, M., *El extranjero, Sociología del extraño*, Sequitur, Madrid, 2012.

[9] Véase OIM, *Glosario de la OIM sobre inmigración nº 34*, Ginebra, 2019.

De igual modo que ha evolucionado el movimiento de personas, también lo ha hecho la desconfianza hacia el extranjero y la tentación de replegarse hacia sí mismo como uno de los elementos que han caracterizado la historia del hombre[10]. Sin olvidar que, precisamente, la actitud de una sociedad hacia los extranjeros es lo que la retrata, amén de defender la necesidad de tejer un entramado normativo consistente que ampare la multitud de situaciones que se van generando en ese caldo de cultivo de desconfianza que, en ocasiones, se transforma en discriminación hacia el extranjero. Y es que, tal y como veremos en este trabajo, es común en la configuración legal actual de los Estados, lo que Javier de Lucas ha denominado la institucionalización de la exclusión[11], principalmente, con la diferente atribución de derechos fundamentales a los extranjeros respecto de los nacionales, especialmente, con relación a la que consideramos la principal «discriminación» frente a los no nacionales, cual es la aplicación de la expulsión en exclusiva para estos últimos. Debido a la amplitud del concepto de extranjero, al que nos vamos a referir en este trabajo, este comprendería todas las situaciones posibles relativas a los no nacionales. Aunque quizás, la mejor definición del extranjero, tal y como veremos, es la que Kistieva hacía al afirmar que «(…) entre el hombre y el ciudadano existe una cicatriz: el extranjero»[12].

Por otro lado, los movimientos de personas han generado un entramado normativo en torno al concepto de la libertad de circulación, que es entendida hoy como el derecho de salir de cualquier país y de regresar al propio. En este trabajo vamos a estudiar otro enfoque de esta, ya que, partiendo de su concepción inicial, nos centraremos en su acotación más extrema a través de la capacidad de expulsión de los extranjeros, así como los límites en su ejercicio que suponen los instrumentos normativos existentes. En concreto, nos vamos a enfocar en las disposiciones internacionales que van a servir para acotar esta potestad del Estado, principalmente, en el ámbito de los derechos humanos, y en especial desde el punto de vista de los instrumentos que protegen frente a la discriminación y desde la prohibición de la expulsión o devolución que supone el principio de *non refoulement*, entendiendo que la persecución es otra forma de discriminación.

El derecho de circulación, junto con el derecho de residencia, supone la libertad de toda persona de circular libremente en el territorio del país en donde vive y de establecer su residencia en el lugar que quiera. Pero este derecho es más complejo de lo que parece por una serie de razones. Primero, porque comprende múltiples aspectos,

[10] KAMTO, M., *Informe preliminar sobre la expulsión de extranjeros del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial*, Documento A/CN.4/554, de 4 de abril de 2005.
[11] DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, Madrid, 1994 (1ª ed.), p. 168.
[12] KISTIEVA, J., *Extranjeros para nosotros mismos*, Plaza y Janés, Barcelona, 1991, p. 118.

como la libertad de poder salir de cualquier país o la garantía a los extranjeros de que no serán expulsados arbitrariamente. En segundo lugar, por cuanto su alcance otorga protecciones diversas a nacionales y extranjeros, lo que significa enfrentarnos a un derecho humano cuya universalidad se encuentra parcialmente limitada por razones de soberanía nacional. Sin embargo, este derecho, que ha ido evolucionando, todavía tiene que limarse en lo referente a las personas extranjeras, tal y como exponemos a lo largo de este trabajo, especialmente considerando que la expulsión constituye una asignatura pendiente sin una regulación unánime por parte de la comunidad internacional.

II. CONSIDERACIONES HISTÓRICAS Y FILOSÓFICAS SOBRE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN

A. La Antigüedad: del bárbaro al extranjero

La suspicacia hacia los extranjeros viene de la Antigüedad, siendo considerados bárbaros por griegos y romanos, ya que no comprendían de su idioma más que algunas sílabas sin sentido («bar-bar-bar»), y sus costumbres, que se diferenciaban de las propias, eran calificadas como primitivas. Platón incluso hace coincidir la condición del extranjero derrotado con la naturaleza de esclavo[13]. Precisamente, la identidad griega «xenófoba» originaria se fundamenta en «el rechazo al extranjero»[14], lo que en la actualidad se ha transformado en lo que el citado Javier de Lucas denomina los «fobotipos»[15].

Inicialmente, se trataba de una exclusión natural de los extranjeros, de una superioridad de los vencedores sobre los vencidos y, por tanto, esclavos. En Grecia, sin embargo, aunque los extranjeros mantenían algunos derechos, normas como las Leyes de Licurgo llegaron incluso a prohibirles asentarse en algunas ciudades como Esparta[16]. Aristóteles reserva el privilegio de ser hombres libres e iguales solo a los ciudadanos, los demás (niños, mujeres, extranjeros…) están sometidos a otros trabajos envilecedores, por lo que, además, añade, no pueden ser felices, puesto que no disponen de tiempo como los

[13] Véase PLATÓN y ENGLAND, E. (ed.), *The Laws of Plato/the text edited, with introduction, notes, etc., by E. B. England*, Manchester University Press, Manchester (Reino Unido), 1921.

[14] Véase en global, PELE, A., *La dignidad humana. Sus orígenes en el pensamiento clásico,* Dykinson, Madrid, 2010.

[15] Véanse DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural, op.cit.,* pp. 168 y ss. y DE LUCAS, J., PEÑA, S. y SOLANES, A., *Trabajadores migrantes,* Germania Serveis Gráfics, Valencia, 2002, p. 52.

[16] A título de ejemplo más novelesco de ese «resquemor» hacia los extranjeros cabe recordar, tal como relata Tito Livio, que la «violación» del Templo de Ceres en Atenas por dos extranjeros, cuya entrada les estaba prohibida, sirvió como excusa para la guerra entre Filipo de Macedonia y Atenas. TITO LIVIO, *La historia de Roma – Libro XXXI (Ab Urbe Condita)*, JM Dent & Sons, Londres, 1905.

hombres libres[17]. No será hasta la llegada de los sofistas cuando se empiece a vislumbrar una defensa de la igualdad del género humano como norma general, lo que consideramos como base para aplicar los derechos humanos por razón, precisamente, de la condición de ser humano y no de ser ciudadano o nacional. Ellos fueron los primeros en derribar las barreras entre helenos y bárbaros, como demuestra Antifón al afirmar que «ninguno de nosotros ha sido distinguido en el origen como bárbaro o como griego (…)»[18].

Por su parte, los romanos también consideraron bárbaros a quienes se alojaban fuera de sus fronteras, tratando a la mayoría como enemigos u *hostis*, incluso en las XII Tablas se leía: «*adversus hostem aeterna auctoritas*»[19]. Son las fortificaciones las que marcaban los límites del Imperio y más allá de ellas se hallaba el mundo de los extranjeros desprovistos del estatuto de que gozaban los ciudadanos romanos, lo que el citado De Lucas entiende como la superioridad de las fronteras sobre los derechos[20]. El propio Cicerón tampoco admite que el extranjero sea un ciudadano del Imperio y recuerda incluso cómo el testamento de Augusto defiende la conveniencia de no conceder demasiados derechos a los extranjeros para no acortar las distancias entre los ciudadanos y los provincianos[21]. Sin embargo, esto no implica que estén al margen de la justicia, ya que, aunque no gozaran de igualdad política, el extranjero empezaba a disfrutar de una incipiente igualdad jurídica impuesta por el Derecho público, reconociendo, de nuevo aquí, la importancia de un entramado jurídico que sirva de escudo ante las tentaciones del desequilibrio hacia la injusticia. Al igual que comienza a vislumbrarse poco a poco, nosotros también defendemos el argumento de la defensa de la humanidad por el hecho de serlo, frente a la discriminación o distinción entre los nacionales/ciudadanos y los extranjeros[22].

Recordamos que estamos en los albores del Derecho de gentes, siglo III a. C., donde son decisivas dos circunstancias: la internacionalización de Roma por la expansión política y económica y la creación de la estructura unipersonal de la pretura, la única de las magistraturas que no había sido colegiada tras las *Leges Liciniae-Sextiae*[23]. El *Ius*

[17] Véase ARISTÓTELES y GARCÍA VALDÉS, M., *Política/Introducción, traducción y notas de Manuela García Valdés*, Editorial Gredos, Madrid, 1988.
[18] HERSCH, J., *El derecho de ser hombre*, Unesco-Tecnos, Madrid, 1984. pp. 573-600.
[19] D'ORS, A., «Adversus hostem aeterna auctoritas esto» en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1959, núm. 29, pp. 597 a 607.
[20] DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural, op.cit.*, p. 242.
[21] Los provincianos son gentes sujetas a tributos inmobiliarios y personales, lo que se percibía como signo de servidumbre. Véase en global, FRIEDLAENDER, L., y ROCES, W., *La sociedad romana. Historia de las Costumbres en Roma, desde Augusto hasta los Antoninos*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1992.
[22] Véase MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A., «La idea de humanitas en M.T. Cicerón», *Revista Internacional de Filosofía*, núm. 62, 2014, pp. 123-138.
[23] Véase CASTRO SÁENZ, A., *Compendio Histórico de Derecho Romano*, Tébar, Sevilla, 2006 (3ª ed.).

gentium[24] vino a rellenar el vacío jurídico existente frente a los extranjeros (llamados entonces «peregrinos»), ya que los tratados con las ciudades extranjeras no otorgaban una verdadera protección a estas ni a los extranjeros, a los que, como hemos visto, no se les aplicaba el *ius civile* (Derecho civil). El *praetor* peregrino fue entonces el encargado jurídico de los extranjeros cuando estos empezaron a aumentar, así como los tratados con los mismos[25]. En sus Instituciones, Gayo dispone:

«Todos los pueblos se rigen por leyes y costumbres y usan en parte su propio Derecho y en parte el Derecho común de todos los hombres; pues el Derecho que cada pueblo establece para sí, ese es suyo propio, y se llama Derecho civil (...); en cambio, el que la razón natural establece entre todos los hombres, ese observa uniformemente entre todos los pueblos y se llama Derecho de gentes, como si dijéramos que es el Derecho que usan todas las naciones» (Gayo, *Institutas*, 1,1).

Pero en Roma la consideración inicial sobre los extranjeros evoluciona, lo que tiene su reflejo y apoyo en el Derecho, utilizando instrumentos como la *Lex Plautia Papiria*[26], que extendía la ciudadanía a todos los habitantes de las provincias de Roma. Sin duda, Séneca también va a influir de algún modo en la evolución jurídico-política de la esclavitud en Roma y, paulatinamente, va desapareciendo la identificación entre esclavo y extranjero. Así las cosas, el reconocimiento legal del esclavo se encuentra de manera visible en el Digesto, cuando Justiniano vincula a los esclavos con los prisioneros de guerra[27]. A partir de los siglos II y III ya no se habla de la esclavitud como algo servil sino como institución jurídica con entidad propia, y se crean estadios intermedios entre la esclavitud y la ciudadanía, como la «manumisión»[28].

---

[24] Gayo se refiere a él en sus Instituciones como «aquel, empero, que la razón natural ha constituido entre los hombres, lo observan igualmente todos los pueblos y se llama derecho de gentes». Véase GAYO, *Instituta*, Imprenta de la sociedad literaria y tipográfica, Madrid, 1845, p. 11.

[25] Véase en global, ÁLVAREZ LODOÑO, L.F., *La historia del Derecho Internacional Público*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá (Colombia), 2000.

[26] Ley romana promulgada en 89 a.C., por los tribunos de la plebe Marco Plaucio Silvano y Cayo Papirio Carbón. Pretendió poner término a la guerra social que mantuvo Roma con sus aliados itálicos que reclamaban el derecho de ciudadanía romana. Generalizó las concesiones anteriores formuladas en 90 a.C. en la Ley Iulia y concedió en principio el derecho de ciudadanía a todos los itálicos al sur del Po sin excepción, con las únicas condiciones de tener el domicilio legal en Italia y de hacerse inscribir en Roma por el pretor en el plazo máximo de sesenta días. Esta ley dio satisfacción a la mayoría de los pueblos itálicos insurgentes, beneficiando a los que no habían tomado parte a la revuelta, como los etruscos o umbros. Su aplicación práctica, sin embargo, exigió debates para decidir en qué tribus romanas estarían inscritos los nuevos ciudadanos. Los optimates quisieron inscribirlos únicamente en las cuatro tribus urbanas, lo que neutralizaba la influencia de los itálicos, pero los populares obtuvieron que las inscripciones fueran repartidas sobre el conjunto de las treinta y cinco tribus.

[27] Véase en global, PELE, A., *La dignidad humana. Sus orígenes en el pensamiento clásico, op.cit*.

[28] Véase en global, RICART MARTÍ, E., *La situación Jurídica del individuo en relación con la libertad y la ciudadanía en Derecho Romano. Una visión del siglo XX*, Universidad Carlos III, Instituto Lucio Anneo Séneca, Madrid, 2005.

Aparece ya una clara distinción entre el Derecho de gentes, que contemplaba la esclavitud, y el Derecho natural, que defiende la libertad de todo individuo por el hecho de serlo. Ulpiano recoge esta misma distinción y propugna la igualdad de todos los hombres ante el Derecho natural: «*quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequale sunt*»[29].

Lentamente pues, ese concepto inicial de enemigo, bárbaro (y esclavo), va a derivar hacia la palabra «*extraneus*», que, a su vez, evolucionó a «*estrangier*», en francés antiguo, formado por «*estrange*», con el significado de «extraño», añadiendo el sufijo que indica actividad, «*ier*», y así evolucionó el término, superando otras connotaciones de clase o status hasta concebirse simplemente como aquel que no pertenece a un país en el que está residiendo, ya sea temporal o definitivamente.

B. Del ius communicationis a la libertad de circulación

No solo las personas se han desplazado a lo largo de las fronteras, sino que también las fronteras han variado en función de los movimientos de poblaciones, de la creación o destrucción de Estados, de la expulsión de minorías políticas, religiosas y étnicas, o del desplazamiento de esclavos, prisioneros o trabajadores[30]. La sociedad internacional de Estados soberanos e independientes y el Derecho internacional tal y como lo conocemos en la actualidad surge principalmente en el siglo XV con la desintegración de la *Respublica Christiana*[31], aunque, previamente, ya había ciertas normas y tratados internacionales que regían determinadas relaciones internacionales siguiendo la máxima de *ubi societas, ibi ius.*

A pesar de la referida inherencia migratoria a la condición humana, no fue hasta el siglo XVI cuando el *ius communicationis*, lo que hoy entenderíamos como la libre circulación de personas, comienza a ser verdaderamente estudiado por uno de los padres del Derecho internacional contemporáneo, Francisco de Vitoria, entendida como un Derecho natural[32]. Frente a este Derecho natural, se sitúa el poder soberano del Estado-Nación o comunidad política, al que Vitoria reconoce personalidad jurídica internacional en plano de igualdad, de forma que todos estos grupos políticos o Estados constituyen

[29] Véase en global, PELE, A., *La dignidad humana. Sus orígenes en el pensamiento clásico, op.cit*.

[30] Véase en global, LÓPEZ SALA, A.M., *Inmigrantes y Estados: la respuesta política ante la cuestión migratoria*, Anthropos, Barcelona, 2005 (1ª ed.).

[31] Véase en global, REMIRO BROTÓNS, A., *Derecho Internacional (curso general)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

[32] Pérez Luño argumenta que el *ius communicationis* no sería solo el primer título, sino el único título legítimo, de manera que los restantes títulos serían manifestaciones, aspectos o supuestos casuísticos del anterior. Véase PÉREZ LUÑO, A.E., *La polémica sobre el Nuevo Mundo*, Trotta, Madrid, 1992, pp. 86-93.

una *communitas communitatis*, un *totus orbis*, una sociedad universal que está jurídicamente organizada, regida no solo por el Derecho natural sino también por el *ius gentium*[33]. Para Vitoria «el mundo en su totalidad constituye una comunidad con capacidad para dictar normas con obligatoriedad universal (…). La humanidad es concebida así no solo como una única comunidad, sino también como un nuevo sujeto de Derecho»[34].

Con todo ello, se estaba marcando la dirección en la que deberían enfocarse materias de alcance universal, como el Derecho migratorio y la gestión de la política sobre extranjería, al ir más allá de una visión concéntrica (práctica común de los Estados), puesto que propugna un efecto global que debería enfocarse desde el ámbito internacional, buscando el bien común como camino para llegar al bien particular. Cabe destacar, además, que el sistema internacional actual es herencia del llamado mundo «westfaliano», ligado a la estructura del Derecho internacional y de las relaciones internacionales derivada del Tratado de Westfalia de 1648, que reconoció no solo la existencia de Estados territorialmente soberanos, sino además el principio de no injerencia, como presupuesto de la paz entre las naciones.

Al mismo tiempo, por lo que se refiere a la evolución histórica del concepto del *ius communicationis* del ser humano, debemos recordar que, en el siglo XVII, los Estados europeos practicaban entre ellos la libre circulación de personas, fundada principalmente en la doctrina de H. Grocio, y que deriva de la ley natural del libre acceso de los extranjeros al territorio de un Estado[35]. Incluso llegó a defenderse por algunos autores un derecho de hospitalidad, tal y como reconocerá Immanuel Kant en 1795 en su proyecto de Paz Perpetua, entendiendo que se trataba de una cuestión de Derecho y no de filantropía, y que hospitalidad significa aquí el derecho de un extranjero a no ser tratado hostilmente por el hecho de haber llegado al territorio de otro[36].

De la misma forma, Grocio, Vitoria, Wolf o Puffendorf defendían un derecho a la libre emigración, a la estancia temporal y a la residencia permanente para los refugiados

[33] Véase en global, FERNÁNDEZ RUIZ-GALVEZ, E., «El totus orbis y el ius Gentium en Francisco de Vitoria: el equilibrio entre tradición e innovación», *CEFD*, núm. 35, 2017.

[34] Véase en global, DE VITORIA, F., *Sobre el derecho de guerra*. *Estudio preliminar, traducción y notas de Luis Frayle Delgado*, Tecnos, Madrid, 1998. En la *Relectio Prior de Indis recenter inventis*, pronunciada probablemente en 1539, Francisco de Vitoria aborda el examen de los títulos alegados por los españoles «para recorrer aquellas provincias y permanecer allí, sin que puedan prohibírselo los bárbaros, pero sin daño alguno para ellos». Véase MIAJA DE LA MUELA, A., *Introducción al Derecho internacional público,* Atlas, Madrid, 1979 (7ª ed.), pp. 377 y ss.

[35] En *De iure belli ac pacis*, publicado en 1625, Grocio parte de un principio inmutable de Derecho de Gentes: los hombres de cualquier país son libres de desplazarse a otro y comerciar con sus habitantes. Véase MIAJA DE LA MUELA, A., *Introducción al Derecho internacional público, op.cit.,* pp. 436 y ss.

[36] KANT, E. *Hacia la paz perpetua*, Biblioteca Nueva, Clásicos del pensamiento, Madrid, 1999, p. 95.

expulsados de sus hogares, eso sí, siempre que los motivos para su admisión fueran legales[37].

Sin embargo, es precisamente en el siglo XVIII cuando la doctrina del Derecho de gentes que rige la comunidad internacional se hace más restrictiva, sin duda, bajo la influencia de Emeric De Vattel y su concepción de la soberanía del Estado: «… a cada nación pertenece juzgar… lo que puede o no puede, qué le conviene o no hacer…»[38]. Se consolida entonces con fuerza la idea de que materias como el acceso de los extranjeros al territorio de un Estado, así como su salida o su expulsión, dependen únicamente de la decisión discrecional del Estado soberano[39].

Por tanto, el régimen relativo a los extranjeros, esto es, el *corpus* del Derecho de extranjería se configura pues como una manifestación de los poderes soberanos que el Estado proyecta sobre la persona no nacional que se encuentra en su territorio[40]. Sin olvidar, tal y como defendía Max Weber, que el Estado se caracteriza por tener el monopolio legítimo del uso de la fuerza en un determinado territorio[41].

La base, por tanto, en que se sustenta el actual Derecho de migración y extranjería es la territorialidad, de tal suerte que conforma un concepto político-jurídico dimanante de la soberanía del Estado, y cuya manifestación más palmaria se refleja a través del concepto de «frontera», que delimita el ámbito de aplicación de la legislación específica que se va a aplicar a los extranjeros que se encuentren o pretendan acceder al territorio del Estado[42]. Aunque el concepto de frontera tampoco ha tenido una definición pacífica, y, en ocasiones, más que una marca física de un límite constituye, como defendía

---

[37] MUÑOZ AUNIÓN, A., «El laberinto del visado como instrumento jurídico de la unión europea. Un ejemplo de no modelo para Unasur», *Ciencia Jurídica Universidad de Guanajuato*, vol. 2, núm. 4, 2013, p. 101.

[38] DE VATTEL, E., *Le Droit des Gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Lyon, 1802, pars. XV y XVI. Véase en global en la primera parte de FIOCCHI MALASPINA, E., *L´eterno ritorno del Droit des gens di Emer de Vattel (secc. XVIII-XIX). L' ímpatto sulla cultura giuridica in prospettiva globale*, Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main, 2017.

[39] CASTILLO DAUDÍ, M., «Libertad de circulación y soberanía del estado: posibles límites derivados de obligaciones de protección internacional», *REEI*, núm. 31, 2016, pp. 3-44.

[40] Entendiendo por territorio el espacio físico sobre el que el Estado ejerce sus competencias territoriales y personales y sobre el que aplica con plenitud de derechos su legislación interna de cualquier tipo, así como su jurisdicción sobre las personas que se encuentran dentro del citado territorio, incluidos los extranjeros que han traspasado la frontera.

[41] WEBER, M., *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1993 (2ª. ed.), p. 1056 y también pp. 43-44, «Por Estado debe entenderse un instituto político de actividad continuada, cuando y en la medida en que su cuadro administrativo mantenga con éxito la pretensión al monopolio legítimo de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente».

[42] BURGOS GOYE, M. C., «Las devoluciones en caliente vigentes en Ceuta y Melilla. La historia interminable», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 53, 2020, pp. 63-84.

Bourdieu: «(...) un acto de poder, un ejercicio hegemónico vertical sobre el espacio, a través del cual jerarquizamos un "nosotros" y un "los otros"»[43].

Sin embargo, este acto de poder no es totalmente absoluto, ya que, siguiendo a Joppke, estaría condicionado, por voluntad propia, por los tratados internacionales, por lo que la tesis de la soberanía absoluta de los Estados en materia de migración encontraría aquí el primer límite, pues implicaría ignorar el papel del Derecho internacional en este proceso y, especialmente, con relación al respeto de los derechos humanos[44].

Aunque también es cierto que la condición del individuo como nacional o extranjero ha sido, y sigue siendo, un criterio de diferencia de trato, entendemos que es la razón que autoriza en todos los regímenes a perpetuar la única desigualdad, ajena a la equidad, permitida en la actualidad. Esta desigualdad sería muy bien definida por Ferrajoli cuando afirmaba lo siguiente:

> «Hay que reconocer que la ciudadanía de nuestros países ricos representa el último privilegio de status, el último factor de exclusión y discriminación, y no de inclusión y equiparación, el último vestigio moderno de las diferencias personales, la última contradicción no resuelta con la afirmación de la universalidad de los derechos»[45].

Pronto, las obligaciones internacionales que surgieron el siglo XIX vinieron a limitar la autoridad del Estado, entre otros, sobre asuntos relativos a la migración y el control de fronteras, en favor de una mayor preocupación por los derechos humanos. Aunque es cierto que aún hoy en día no existe un instrumento internacional universal y vinculante que establezca pautas o normas homogéneas sobre uno de los aspectos más delicados del control migratorio y la política de fronteras, cual es la expulsión de extranjeros.

Por todo ello, podemos concluir que lejos de triunfar la concepción vitoriana del siglo XVI del *ius gentium* en favor de una norma internacional universal y vinculante que regule el *ius communicationis*, en la actualidad, más allá de una serie de acuerdos internacionales, regionales y bilaterales que establecen obligaciones recíprocas para los Estados que los ratifiquen, prima el papel preponderante de la soberanía estatal en la regulación sobre la libertad de circulación, en general, y sobre la expulsión de los extranjeros, en particular.

---

[43] BOURDIEU, P., *Practical Reason: On the Theory of Action*, Stanford University Press, Stanford (California), 1998, pp. 774-785.

[44] Véase en global JOPPKE, C., "Immigration challenges the Nation-state" en JOPPKE, C. (ed.), *Challenge to the Nationstate. Immigration in Western Europe and the United States*, Oxford University Press, Oxford, 1998.

[45] FERRAJOLI, L., *Diritto e Ragione, (Teoría generale del garantismo penale).* Laterza, Bari, 1992, p. 11.

III. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN EN GENERAL Y DE LA EXPULSIÓN EN PARTICULAR

Antes de continuar con el análisis de la regulación actual sobre la libertad de circulación, cabe preguntarse qué se entiende por nacional y extranjero, con la finalidad de poder acotar mejor la regulación de este derecho y analizar si se aplica por igual a todas las personas. Para ello, es preciso delimitar el ámbito subjetivo sobre el que nos vamos a mover y, especialmente, con el fin de analizar la figura sobre la que pivota este trabajo, la expulsión.

A. La nacionalidad

La nacionalidad se contempla como un derecho reconocido a nivel universal en el artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (DUDH)[46]. Se considera nacional de un Estado a una persona que está relacionada con ese Estado por un vínculo de nacionalidad, siendo una relación de Derecho que une a una persona con un Estado determinado, bien desde su nacimiento, o bien posteriormente por medio de naturalización, matrimonio o aplicación de la ley[47]. Es indudable que cada Estado, en el ámbito de su soberanía, tiene la capacidad de determinar mediante su legislación quiénes son sus nacionales, pudiendo además otorgar o negar la nacionalidad a su discreción, lo que ha generado un complejo que se ha visto trasladado en ocasiones a la jurisprudencia internacional[48].

De acuerdo con el artículo 1 de la Convenio concerniente a determinadas Cuestiones relativas a Conflictos de Leyes de Nacionalidad[49]:

[46] La Declaración Universal de los Derechos Humanos es un documento que marca un hito en la historia de los derechos humanos. Elaborada por representantes de todas las regiones del mundo con diferentes antecedentes jurídicos y culturales, la Declaración fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París el 10 de diciembre de 1948, en su Resolución 217 A (III). El Art. 15 establece: «1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad».

[47] KAMTO, M., *Segundo informe sobre la expulsión de extranjeros,* Documento A/CN.4/573, de 20 de julio de 2006, p. 256.

[48] Véanse, por ejemplo, las deliberaciones de la Corte Permanente de Justicia Internacional reflejadas en la Opinión consultiva de 7 de julio de 1923, *Acquisition de la nationalité polonaise* (*Publications de la Cour Permanente de Justice Internationale*, série B, n.º 7). En relación con las disposiciones del artículo 93 del Tratado entre las principales Potencias Aliadas y Asociadas y Polonia, la CPJI declaró en el citado documento que «amplían considerablemente los conceptos de minoría y de población al hablar, por una parte, de habitantes de los territorios» (p. 14).

[49] El Convenio concerniente a determinadas cuestiones relativas a conflictos de leyes de nacionalidad de La Haya, firmado el 12 de abril de 1930, entró en vigor en 1937, siete años después de su aprobación.

«Incumbirá a cada Estado determinar con arreglo a su propio ordenamiento jurídico quienes serán nacionales suyos. Los otros Estados deben reconocer ese ordenamiento en la medida en que sea compatible con los convenios internacionales, el Derecho consuetudinario internacional y los principios de Derecho generalmente reconocidos en materia de nacionalidad».

Por tanto, a pesar de ser una capacidad del Estado en cuestión, la validez en el ámbito internacional de la adquisición de la nacionalidad se condiciona al cumplimiento de la legalidad del Derecho interno del Estado de que se trate, pero también aquí existen límites. Así, se considera un límite para nacionalizar a los extranjeros que se encuentran en un territorio la existencia de un vínculo suficiente entre el individuo y el Estado[50]. En este sentido cabe recordar que el término «nacionalidad» ha sido definido por la Corte Internacional de Justicia como «un vínculo legal cuyo fundamento es un hecho social de adhesión, una auténtica conexión de existencia, intereses y sentimientos, junto con la existencia de derechos y deberes recíprocos»[51].

B. Conceptos afines: ciudadano, súbdito y natural

Junto con el término nacional, tal y como reconoce el Relator Especial Maurice Kamto en su *Segundo informe sobre la expulsión de extranjeros,* el lenguaje del Derecho internacional utiliza sinónimos como «ciudadano», «súbdito» y «natural»[52], que no reflejan necesariamente el mismo tipo de relación jurídica entre el individuo y el Estado y que entrañan ciertos matices que pasamos a detallar.

Ciudadano

Por «ciudadano» se entiende, en Derecho internacional, toda persona titular de derechos políticos que le permiten participar en la vida del Estado[53]. La ciudadanía no siempre coincide con la nacionalidad, ni en lo que respecta al fundamento jurídico de cada una, ni en cuanto a la naturaleza de sus respectivos vínculos con el Estado.

---

[50] Véase en global, REMIRO BROTÓNS, A., *Derecho Internacional, (curso general), op.cit.*

[51] Sentencia de la CIJ de 6 de abril de 1955, *Caso Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala),* párr. 4.

[52] KAMTO, M., *Segundo informe sobre la expulsión de extranjeros*, *op. cit*., pp. 256-260.

[53] El artículo 25 del ICCPR establece:

«Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) Votar y ser elegidos (…);

c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país».

El vínculo que existe entre el ciudadano y el Estado puede ser un vínculo de nacionalidad, ya que en cierto sentido ciudadano es sinónimo de nacional, o de natural de un Estado[54].

Para el Derecho de la UE la ciudadanía es de la Unión, mientras que la nacionalidad es la de cada Estado miembro. El actual artículo 20 del TFUE dispone a este respecto:

> «1. Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. (…).
>
> 2. Los ciudadanos de la Unión serán titulares de los derechos y sujetos de los deberes previstos en el presente Tratado»[55].

Esto va a significar que una persona europea no puede ser extranjera en ningún Estado miembro de la UE, incluso aunque tenga la nacionalidad de un solo Estado miembro. En consecuencia, desde este punto de vista, la ciudadanía es más amplia que la nacionalidad y excluye de la categoría de extranjeros a personas que lo serían si se les aplicara únicamente el criterio de la nacionalidad[56].

Súbdito

Se define como «súbdito» a toda persona sometida a la autoridad de un monarca o príncipe al que debe lealtad. En la época colonial, dicho término designaba a los nacionales indígenas que vivían en las colonias, por oposición a los ciudadanos que venían de la metrópolis[57]. La idea de súbdito o vasallo viene del Antiguo Régimen, en el que el vasallaje y la sumisión al monarca no otorgaba verdaderos derechos políticos a los individuos[58].

---

[54] Así lo confirma una opinión jurídica del Asesor Jurídico de las Naciones Unidas, que en 1980 escribía: «"Nacionalidad" y "ciudadanía" caen dentro de la competencia del Derecho interno, excepto cuando las obligaciones internacionales restringen el poder discrecional del Estado. Ambos términos se refieren a la condición del individuo en su relación con el Estado. En ocasiones se utilizan como sinónimos, pero no describen necesariamente la misma relación hacia el Estado». ONU, *United Nations Juridical Yearbook – 1980*, Nueva York, 1983, p. 189, párr. 3.

[55] Se constata que el Tratado reconoce a los ciudadanos europeos el goce de numerosos derechos, algunos de los cuales están generalmente vinculados con la nacionalidad, en particular: el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (art. 21); el derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales y en las elecciones al Parlamento Europeo del Estado miembro en el que resida (art. 22); el derecho a la protección de las autoridades diplomáticas de cualquier Estado miembro en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional (art. 23); el derecho de petición, el derecho a dirigirse al Defensor del Pueblo (art. 24).

[56] KAMTO, M., *Segundo informe sobre la expulsión de extranjeros*, *op. cit.*, p. 257.

[57] *Ibid*.

[58] VICENTE BLANCO, D.J., «Nacionalidad y extranjería en las comunidades de Castilla» en SZÁSDI LEÓN-BORJA, I. y VICENTE BLANCO, D.J. (eds.), *Cuando el mal gobierno sublevó a un pueblo: 1521-2021: 500 años de la revolución comunera*, Páramo, Valladolid, 2021, pp. 107-141. Véase también HERZOG, T., *Vecinos y extranjeros: hacerse español en la edad moderna*, Alianza, Madrid, 2006.

En la actualidad, aunque podría decirse teóricamente que el súbdito es en una monarquía lo que el ciudadano en una república, en la práctica, las monarquías parlamentarias también tienen ciudadanos. Así, por ejemplo, se habla de ciudadanos de la República Francesa, de los Estados Unidos de América, y no en rigor de súbditos españoles, belgas o de Su Majestad Británica, pues, finalmente todos somos ciudadanos del Estado. En todo caso, actualmente, súbdito se utiliza también como sinónimo de nacional o ciudadano.

Natural

Si bien el término «natural» se utiliza como sinónimo de «nacional», esta sinonimia surge de determinados instrumentos jurídicos internacionales[59] y de la jurisprudencia internacional[60]. Sin embargo, el concepto que consideramos más preciso es el que defiende el Relator Especial Maurice Kamto en su *Segundo informe sobre la expulsión de extranjeros*, que abarcaría, además de los nacionales, a las personas que se encuentran bajo la autoridad de un Estado determinado en virtud de un vínculo jurídico particular, como el que confiere el estatuto de refugiado o asilado, o la relación jurídica que surge de la condición de apátrida, o incluso de un vínculo de sujeción como el mandato o el protectorado[61].

Este es el sentido que se le asigna en el Laudo del Tribunal Arbitral Mixto franco-alemán de 30 de diciembre de 1927, en el asunto *Falla-Nataf et frères c. État Allemand*:

«Visto que el demandado ha argumentado que el actor, por ser de nacionalidad tunecina y, por ende, bajo la protección francesa, no puede ser considerado natural de una Potencia aliada o asociada […];Considerando que la expresión naturales que figura en el artículo 297 del Tratado de Versalles no está restringida a los nacionales de un Estado, sino que esta expresión comprende asimismo a todos aquellos que, en virtud de alguna otra relación jurídica que no sea la propia nacionalidad, están vinculados a un Estado»[62].

Por tanto, vamos a definir natural como toda persona que, en virtud de alguna relación jurídica, incluida la nacionalidad, esté vinculada a un determinado Estado.

---

[59] Por ejemplo, de acuerdo con el párrafo 1 del artículo 30 del Convenio Europeo de Establecimiento, se consideran naturales a los efectos del Convenio a las personas físicas que tengan la nacionalidad de una de las Partes contratantes.

[60] Véanse, a título ilustrativo, Sentencia de la CIJ de 24 de mayo de 1980, *caso relativo al personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán* (*Estados Unidos c. Irán)*, p. 3; Sentencia de la CIJ de 27 de junio de 2001, *caso LaGrand* (*Alemania c. Estados Unidos de América*), p. 466 o la Providencia de 9 de abril de 1998 de la CIJ, *caso Convención de Viena sobre las Relaciones Consulares* (*Paraguay c. Estados Unidos de América*), p. 248.

[61] KAMTO, M., *Segundo informe sobre la expulsión de extranjeros*, *op. cit.*, p. 261.

[62] Véase TENIN, L. (dir.), *Recueil des décisions des Tribunaux arbitraux mixtes institués par les Traités de paix*, Librairie de la Société du recueil Sirey, París (Francia), 1928, p. 655.

También la noción de «natural», como la de súbdito, procede del Antiguo Régimen y se refería a los «naturales del Reino», en una noción que estuvo regulada específicamente en Castilla en Las Partidas de Alfonso X el Sabio[63].

C. Concepto de extranjero y sus diferentes categorías

El extranjero se define en la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Viven de 1985[64] como «(…) toda persona que no sea nacional del Estado en el cual se encuentre» (art. 1). Por tanto, desde el Derecho internacional se considera extranjero la persona que no es nacional (desde el punto de vista amplio del concepto) de un Estado determinado, lo que abarcaría también al apátrida, asilado, refugiado y, en general, al migrante[65], por lo que el concepto de extranjero utilizado a lo largo de este trabajo comprendería todas las combinaciones posibles relativas a los no nacionales[66].

La Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (CDI) lo define como la persona física que no tiene la nacionalidad del Estado en cuyo territorio se encuentra[67]. Extranjero es, por tanto, un término jurídico[68]. Así, vamos a adelantar ya que, en nuestro ordenamiento, son extranjeros los que carecen de nacionalidad española, según dispone el artículo 1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX).

El problema surge ante la ausencia de una homogeneización en los regímenes de extranjería que muestran diversidades palpables en el trato a los distintos tipos de extranjeros, especialmente, por cuanto concierne a este trabajo, en el ámbito de la expulsión o devolución de los extranjeros, incluyendo desde la circunstancia de fronteras que se difuminan, en el caso de los ciudadanos de la Unión Europea, hasta fuertes diferencias en el caso de los solicitantes de asilo y refugio. Lo que está claro es que a cada Estado le compete legislar sobre la admisión de extranjeros (con las salvedades generales

[63] Véanse VICENTE BLANCO, D.J., «Nacionalidad y extranjería en la Comunidades de Castilla», *op.cit.* y HERZOG, T., «Naturales y extranjeros: sobre la construcción de categorías en el mundo hispánico», *Cuadernos de Historia Moderna*, núm. 10, 2011, pp. 21-31.
[64] Adoptada en la Resolución 40/144 de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 1985.
[65] Véase OIM, *Glosario de la OIM sobre inmigración nº 34*, Ginebra, 2019
[66] Lo que abarca otras posibilidades como: los que gozan de estatuto diplomático, los nacionales de Estados pertenecientes a una comunidad, organización o unión, los ex nacionales, nuevos extranjeros y todos los inmigrantes, regulares o irregulares.
[67] Véase CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66.º período de sesiones*, Documento A/69/10, 2014, art. 2.b).
[68] RUIZ DE LOBERA PÉREZ-MÍNGUEZ, M., «Inmigración, diversidad, integración exclusión: conceptos clave para el trabajo con la población inmigrante», *Revista de Estudios de Juventud*, núm. 66/04, 2004, p.12.

que veremos sobre el asilo y refugio). Así lo afirmaba ya el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en el asunto *Kleindiest v. Mandel*, cuando aludió a los «principios ancestrales del Derecho internacional de los pueblos a mantener la competencia del Gobierno para excluir a todos los extranjeros, si así lo considera»[69].

Pero si el concepto de extranjero está jurídicamente definido, por su parte, la noción de migrar (inmigrar, emigrar) alude más a un concepto demográfico que a otras consideraciones jurídicas. En el ámbito internacional no ha existido ninguna definición universalmente aceptada del término «migrante», por lo que vamos a adoptar la definición dada por la OIM que alude a «cualquier persona que se desplaza o se ha desplazado a través de una frontera internacional o dentro de un país, fuera de su lugar habitual de residencia independientemente de: su situación jurídica, el carácter voluntario o involuntario del desplazamiento, las causas del desplazamiento, o la duración de su estancia»[70]. Este concepto abarcaría pues todo movimiento de personas, sea cual fuere su tamaño, su composición o sus causas, incluyendo la migración de refugiados, personas desplazadas, personas desarraigadas o migrantes económicos.

Cuestión aparte es el concepto de refugio y asilo, ya que desde el punto de vista jurídico son distintas las nociones de «refugiado» y «asilado», siendo frecuente en las legislaciones nacionales, e incluso en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, designar como «solicitantes de asilo» a quienes aspiran a obtener el estatuto de refugiado[71]. Así, mientras que el estatuto de los asilados lo determina la legislación nacional de cada Estado[72], el estatuto de los refugiados se regula por el Derecho internacional, esto es, la condición de refugiado procede del Derecho internacional, mientras que el asilo territorial es competencia exclusiva del Derecho interno[73].

El término «refugiado»[74] se concibe como una persona que se encuentra fuera de su país de origen por temor a la persecución, al conflicto, la violencia u otras graves

[69] Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos de 29 de junio de 1972, *Kleindienst v. Mandel*, 408 U.S. 753 (1972).

[70] Véase Naciones Unidas, «Migración», *Naciones Unidas*. Disponible en https://www.un.org/es/global-issues/migration [consulta: 31-05-2023].

[71] Véase TEITGEN-COLLY C., "Le droit d'asile: la fin des illusions", *L'Actualité juridique*. *Droit administratif*, 1994, p. 99.

[72] Véase KAMTO, M., *Tercer informe sobre la expulsión de extranjeros*, Documento A/CN.4/581, de 19 de abril de 2007, párr. 59.

[73] Así, por ejemplo, en Francia, el asilo territorial se regula en el preámbulo de la Constitución de 1946 y en las leyes relativas a la ordenación de la inmigración y las condiciones de entrada, acogida y estancia de los extranjeros en Francia, en particular la Ley de 24 de agosto de 1993. Véase el *Journal officiel de la République française*, agosto de 1993, p. 12196.

[74] Se entiende por refugiados a las personas reconocidas en el marco de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, la Convención de 1969 por la que se regulan los Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África, las personas reconocidas de acuerdo con el Estatuto de ACNUR, las personas a las que se les conceden «formas complementarias de protección» y las que disfrutan de protección temporal. Esta categoría también comprende a las personas en situación similar a la de los refugiados.

circunstancias que requieren protección internacional. Este concepto debe entenderse no solo a la luz de la definición general que figura en el artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, complementada por el artículo 1 del Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, de 31 de enero de 1967, que elimina las restricciones geográficas y temporales que acompañaban la definición inicial, sino también teniendo en cuenta la evolución ulterior en esta materia, incluida la práctica de la Oficina de ACNUR[75].

Sin embargo, en el citado *Segundo informe sobre la expulsión de extranjeros*, el Relator Especial Maurice Kamto entendía que la definición de refugiado que ofrece la Convención de Ginebra de 1951 es restrictiva e individualista, ya que excluye a diversas categorías de personas que el Derecho internacional, regional, la doctrina y la práctica consideran refugiados[76]. De hecho, la definición de la Convención de 1951 también ha sido calificada como «eurocéntrica en su génesis»[77], e incluso se ha señalado que tenía por objeto solo proteger a refugiados políticos que temían ser perseguidos en sus países de origen[78].

Cabe señalar que los textos regionales han suplido las insuficiencias de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967, como la sola alusión a los casos individuales, y han contemplado también los casos de flujos masivos de refugiados, como los que se produjeron en los años 60 y 70 especialmente en África y Centroamérica.

En nuestro ordenamiento, el art. 3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria dispone que:

«La condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a

---

[75] Véase 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*, 1979, pp. 5-10.

[76] KAMTO, M., *Segundo informe sobre la expulsión de extranjeros*, *op. cit.*, págs. 57 a 71.

[77] CASANOVAS, O., «La protection internationale des réfugiés et des personnes déplacées dans les conflits armés», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 306, 2003, p. 35.

[78] Se ha sostenido que la definición debía incluir a las personas que hubieran realizado actos de resistencia contra regímenes de opresión que no reconocieran las libertades públicas (véase GRAHL-MADSEN, A., *The Status of Refugees in International Law, Volume I—Refugee Character*, A. W. Sijthoff, Leyden, 1966, pp. 220-225); o, de manera más amplia, que debería proteger a la personas que huyeran de países que violaran sistemáticamente los derechos humanos generalmente reconocidos (véanse ALEXANDER ALEINIKOFF, T., "The meaning of 'persecution' in United States asylum law", *International Journal of Refugee Law*, vol. 3, 1991, pp. 12-13 y HATHWAY, J. C., *The Law of Refugee Status*, Butterworth, Toronto,1991, pp. 106-112). Según una interpretación mucho más extensiva todavía, cuando numerosos refugiados huyeran de situaciones de conflicto interno y desorden civil no tendría que ser necesario demostrar la persecución y debería bastar una presunción de persecución para que la Convención de 1951 se aplicara al solicitante del estatuto de refugiado (véase STEINBOCK, D. J., "The refugee definition as law: Issues of interpretation" en NICHOLSON, F. y TWOMEY, P. (dirs.), *Refugee Rights and Realities: Evolving International Concepts and Regime*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998, pp. 34-35).

determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9».

Cabe destacar la amplitud de motivos de persecución que reconoce nuestro ordenamiento, especialmente sensible a las cuestiones de orientación sexual. Tal es así que incluso la disposición final 10ª de la reciente Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, introduce una reforma del art. 3 de la citada Ley 12/2009, al objeto de incluir en la definición de refugiado la persecución por motivos de identidad sexual.

Finalmente, cabe recordar otra categoría de extranjeros, los apátridas, a los que la Convención de Nueva York de 28 de septiembre de 1954 sobre el Estatuto de los Apátridas en su párrafo 1 del artículo 1 define como: «(…) toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación».

De igual modo lo definía el Instituto de Derecho Internacional, al afirmar que «el término "apátrida" designa a todo individuo al que ningún Estado considera como nacional suyo»[79].

PRINCIPALES DEFINICIONES DADAS POR EL DERECHO INTERNACIONAL*

Apátrida. Persona a la que ningún Estado considera como nacional suyo, conforme a su legislación (Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954). Como tal, un apátrida no tiene aquellos derechos atribuibles a la nacionalidad como, por ejemplo, en el contexto de la protección diplomática de un Estado, que solo puede aplicarse en favor de sus nacionales. El apátrida no tiene, además, los derechos inherentes a la condición de residente legal y habitual en el Estado de residencia temporal, ni el derecho al retorno, en el caso de que viaje.

Corriente migratoria. Cantidad de migrantes que se mueve o está autorizada a moverse desde o hacia un país para tener acceso al empleo o establecerse por un periodo de tiempo determinado.

[79] INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL, *Annuaire de l'Institut de droit international*, Sesión de Bruselas, vol. 39, tomo II, 1936, Schmidt Periodicals, Bad Feilnbach, p. 294.

Emigración. Acto de salir de un Estado con el propósito de asentarse en otro. Las normas internacionales de derechos humanos establecen el derecho de toda persona de salir de cualquier país, incluido el suyo. Solo en determinadas circunstancias el Estado puede imponer restricciones a este derecho. Las prohibiciones de salida del país reposan, por lo general, en mandatos judiciales.

Extranjero. Persona que no es nacional de un Estado determinado. El término abarcaría al apátrida, asilado, refugiado y trabajador migrante.

Inmigración. Proceso por el cual personas no nacionales ingresan a un país con el fin de establecerse en él.

Libertad de circulación. Este derecho está basado en tres elementos fundamentales: libertad de circulación en el territorio de un Estado, derecho a salir, y a regresar a su propio país (DUDH de 1948).

Migración. Movimiento de población hacia el territorio de otro Estado o dentro del mismo que abarca todo movimiento de personas sea cual fuere su tamaño, su composición o sus causas; incluye migración de refugiados, personas desplazadas, personas desarraigadas, migrantes económicos.

Migración irregular. Personas que se desplazan al margen de las normas de los Estados de partida, de tránsito o receptor. No hay una definición universalmente aceptada y suficientemente clara de migración irregular. Desde el punto de vista de los países de destino significa que es ilegal el ingreso, la estadía o el trabajo, es decir, que el migrante no tiene la autorización necesaria ni los documentos requeridos por las autoridades de inmigración para ingresar, residir o trabajar en un determinado país. Desde el punto de vista de los países emisores la irregularidad se observa en los casos en que la persona atraviesa una frontera internacional sin documentos de viaje o pasaporte válido o no cumple con los requisitos administrativos exigidos para salir del país.

Migración laboral. Movimiento de personas del Estado de origen a otro con un fin laboral. La migración laboral está por lo general regulada en la legislación sobre migraciones de los Estados. Algunos países asumen un papel activo al regular la migración laboral externa y buscar oportunidades de trabajo para sus nacionales en el exterior.

Migrante. A nivel internacional no hay una definición universalmente aceptada del término «migrante». Este término abarca usualmente todos los casos en los que la decisión de migrar es tomada libremente por la persona concernida por «razones de conveniencia personal» y sin intervención de factores externos que le obliguen a ello. Así, este término se aplica a las personas y a sus familiares que van a otro país o región con

miras a mejorar sus condiciones sociales y materiales, sus perspectivas y las de sus familias.

Nacionalidad. El vínculo jurídico entre un individuo y un Estado. La Corte Internacional de Justicia la definió como «un vínculo jurídico basado en un hecho social de relación, una solidaridad efectiva de existencia, intereses y sentimientos junto a la reciprocidad de derechos y obligaciones (...) el individuo, al cual le es conferida directamente por la Ley o como resultado de un acto de las autoridades, está, de hecho, más vinculado a la población del Estado que le confiere la nacionalidad que a la de cualquier otro Estado». De acuerdo con el artículo 1 de la Convención de La Haya sobre ciertas cuestiones relacionadas con la nacionalidad (1930) «incumbirá a cada Estado determinar con arreglo a su propio ordenamiento jurídico quienes serán nacionales suyos. Los otros Estados deben reconocer ese ordenamiento en la medida en que sea compatible con los convenios internacionales, el Derecho consuetudinario internacional y los principios de Derecho generalmente reconocidos en materia de nacionalidad». La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, señala que «toda persona tiene derecho a una nacionalidad». El derecho a la nacionalidad está contemplado también a nivel universal en la DUDH.

Refugiado. La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados define como tal a quien, «debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de su país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él» (art. 1.A.2)).

*Fuentes: OIM, *Glosario de la OIM sobre inmigración nº 34*, Ginebra, 2019; CES, *Informe 02|2019 sobre la inmigración en España: efectos y oportunidades,* adoptado en Sesión ordinaria del Pleno de 20 de marzo de 2019 y BUSTAMANTE, J., *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Jorge Bustamante,* Documento E/CN.4/2006/73, de 30 de diciembre de 2005.

IV. CONFIGURACIÓN INTERNACIONAL ACTUAL DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN. CONFIGURACIÓN REGIONAL NO EUROPEA

A. Configuración internacional en normas universales

Una vez delimitado el elemento subjetivo vamos a desarrollar la configuración actual de la libertad de circulación para, inmediatamente, analizar su conexión con la capacidad de decisión de los Estados sobre la admisión y la expulsión de las personas extranjeras. El CDI califica la libertad de circulación como «una condición indispensable

para el libre desarrollo de la persona», aunque su ejercicio efectivo depende de la soberanía territorial del Estado. Si bien la libertad de circulación es entendida como el derecho de salir de cualquier país y de regresar al propio, la acotación que vamos a estudiar principalmente de este derecho, así como si forma parte del mismo o no, es la capacidad de expulsión de los extranjeros y los límites a su ejercicio que suponen los instrumentos normativos existentes.

El artículo 13 de la DUDH sienta las bases de la libertad de circulación, al establecer que toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado, añadiendo el derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país. Sin embargo, en palabras de Remiro Brotons, lo dispuesto en el artículo 13.1 de la DUDH no pasa de ser una «declaración piadosa, desmentida rotundamente por la reiterada práctica de los Estados»[80].

En este mismo sentido el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) hace referencia al derecho de toda persona de salir libremente de cualquier país y al derecho a no ser privado arbitrariamente del derecho de entrar en el propio país, entendiendo por «propio país» los vínculos con el país de residencia en los residentes de larga duración y no solo el país del que es nacional[81]. En realidad, el Derecho internacional no reconoce claramente el derecho a elegir como país de residencia un Estado diferente al de nacionalidad, por lo que no puede afirmarse que el derecho de libre circulación lleve aparejado el derecho de establecimiento a efectos de residencia[82]. Por otro lado, en este precepto se reconoce el derecho de toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. Por tanto, la clave estaría en la regulación de esa legalidad, que corresponde a cada Estado. Algo de lo que se ha hecho eco, entre otras, nuestra normativa, ya que la LOEX reconoce en el artículo 5 el derecho de los extranjeros que se hallen en España de acuerdo con lo establecido en el Título II de esta Ley (es decir, autorizados):

«A circular libremente por el territorio español y a elegir su residencia sin más limitaciones que las establecidas con carácter general por los tratados y las leyes, o las acordadas por la autoridad judicial, con carácter cautelar o en un proceso penal o de extradición en el que el extranjero tenga la condición de imputado, víctima o testigo, o como consecuencia de sentencia firme».

[80] REMIRO BROTÓNS, A., *Derecho Internacional, (curso general), op.cit.,* p. 831.
[81] Véase la Observación general n.º 27 del CCPR, «artículo 12 (La libertad de circulación)», CCPR/C/21/Rev.1/Add.9.
[82] Véase PEÑA, L., «El Derecho de extranjería en los ordenamientos constitucionales», *Isegoría*, núm. 26, 2002, pp. 181-217.

Finalmente, el art. 12 del PIDCP contiene la previsión de la limitación de estos derechos conforme a una previsión legal. Así el apartado 3 afirma que:

«Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando estas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto».

Por tanto, ya se atisba que esta capacidad de los Estado de limitar la libertad de circulación no es absoluta y ha de estar sometida a ciertas reglas.

B. Configuración regional no europea

1. La libertad de circulación y la expulsión de extranjeros en el ámbito regional americano

En al ámbito regional americano, vamos a destacar el artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (CADH)[83], ya que contiene nueve incisos que se refieren a los distintos componentes del derecho de circulación y residencia, los cuales se pueden agrupar en cuatro categorías. En primer lugar, se encuentra la libertad de circulación y residencia en el territorio de un Estado, reconocida en el primer inciso, según el cual «[t]oda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales», además de los incisos 3 y 4. Una vez una persona se halla legalmente en el territorio de un Estado, este solo puede limitar su derecho a la libertad de circulación y residencia bajo el cumplimiento estricto de ciertas condiciones, las cuales están establecidas en el inciso 3 del citado artículo[84].

En segundo lugar, el derecho a salir libremente de un país se contempla en el inciso 2 y en el 3, a través de las restricciones legítimas. En tercer lugar, el derecho a buscar y recibir asilo, consagrado en el inciso 7. Y, finalmente, las garantías frente a la

[83] La Convención Americana sobre Derechos Humanos (también llamada «Pacto de San José de Costa Rica») fue suscrita el 22 de noviembre de 1969, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, en la ciudad de San José en Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978.

[84] Según lo desarrollado por la Corte IDH en el *Caso Canese* (véase la Sentencia de la Corte IDH de 31 de agosto de 2004, *caso Ricardo Canese c. Paraguay*) y en sintonía con la doctrina del Comité de Derechos Humanos, la legitimidad de una restricción al derecho a la libertad de circulación y residencia, depende del cumplimiento de cuatro condiciones, a saber, i) la legalidad de la medida, ii) la legitimidad de los propósitos buscados, iii) la necesidad y proporcionalidad y iv) el respeto del contenido esencial del derecho. Cabe destacar que la Corte IDH, al retomar la doctrina del Comité de Derechos Humanos, alude al respeto del contenido esencial como parte de la legalidad de la medida. En esta exposición hemos decidido separarlo con el objetivo de destacar esta dimensión sustantiva de la legalidad de una restricción al derecho a la libertad de circulación y residencia.

expulsión de un territorio, tanto de nacionales como de extranjeros, establecidas en los incisos 5, 6, 8 y 9. Por cuanto interesa a este trabajo, la expulsión de extranjeros, vamos a centrarnos en los límites a la expulsión que contiene este instrumento, en concreto en el inciso 6 del artículo 22, que establece que «el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, solo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley».

La decisión de expulsión conforme a la ley implica, por tanto, respetar un «mínimo de debido proceso» a fin de impedir las expulsiones discriminatorias o arbitrarias[85]. Así, en el *Caso Loren Laroye Riebe y otros*, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) determinó que el Estado mexicano había violado el inciso 6 del artículo 22 por haber expulsado a tres sacerdotes extranjeros que según el Gobierno estaban realizando proselitismo a favor del EZLN (Ejército Zapatista de Liberación Nacional) e incitado a los campesinos e indígenas de la región de Chiapas a ejecutar actos en contra de las autoridades y los particulares. En este caso, la CIDH comprobó la ausencia de garantías, ya que el procedimiento administrativo que condujo a la expulsión «se limitó al trámite cumplido en espacio de unas horas en el aeropuerto de la Ciudad de México»[86]. Del mismo modo, la CIDH determinó que el Estado de Haití había violado el artículo 22 de la Convención, al expulsar del país a un ciudadano estadounidense a quien «no se le dio audiencia ni administrativa ni judicial a fin de que pudiera defenderse de los cargos que motivaban su expulsión por el Gobierno»[87], considerando además que su expulsión se basaba en razones políticas. Por tanto, de acuerdo con la CIDH, en los procedimientos de expulsión contra extranjeros «las personas afectadas deben tener derecho a ser oídos y deben tener una oportunidad adecuada para ejercer su derecho de defensa»[88].

Por otro lado, aunque la garantía consagrada en el artículo 22.6 se refiere a los extranjeros que se encuentren legalmente en el territorio de un Estado, esto no significa que quienes hayan ingresado al país ilegalmente o permanezcan en él más allá del tiempo permitido no gocen de ningún tipo de garantía frente a la expulsión, tal y como interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entendiendo que los migrantes indocumentados o irregulares se encuentran en una situación de vulnerabilidad[89]. La

[85] Observación General n.º 15 del Comité de Derechos Humanos, *La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, HRI/GEN/1/Rev.6, 11/04/86, p. 159 p. 159, párr. 10.
[86] Informe de la CIDH n.º 49/99, de 13 de abril de 1999, *caso 11.610 – Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz*, párr. 71.
[87] Informe de la CIDH n.º 20/88, de 24 de marzo de 1988, *caso 9855 – Haití, Nicolás Estiverne*, párr. 10.
[88] CIDH, *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/ll.116 Doc. 5 rev. 1 corr., 22 de octubre de 2002, párr. 403.
[89] *Cfr*. Opinión Consultiva de la Corte IDH del 28 de agosto de 2002, OC-17/02, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, serie A n.º 17 y Sentencia de 23 de noviembre de 2010 de la Corte IDH, *caso Vélez Loor vs. Panamá*, párr. 98. La AGNU también se ha referido a esta condición de los migrantes irregulares: «La situación de vulnerabilidad en que suelen encontrarse los migrantes debido, entre otras cosas, a que no viven en sus Estados de origen y a las dificultades que afrontan a causa de diferencias de

Corte ha afirmado que al adoptar medidas que afecten a esta población, «los Estados deben respetar sus derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce... sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa»[90].

Asimismo, y junto con la interdicción de procedimientos arbitrarios, el inciso 9 del artículo 22 establece un segundo límite al prohibir la expulsión colectiva de extranjeros, en la medida en que no existe una evaluación de la condición particular de cada extranjero. Al respecto, la CIDH ha destacado que «una expulsión se torna colectiva cuando la decisión de expulsar no se basa en casos individuales sino en consideraciones de grupo, aunque el grupo en cuestión no sea numeroso»[91]. Cabe adelantar aquí que el carácter colectivo de la expulsión no se determina en función de la cantidad de personas expulsadas, sino de la ausencia de un procedimiento que tenga en consideración la situación particular de cada extranjero.

Finalmente, el inciso 8 del artículo 22 consagra un tercer límite a la expulsión de extranjeros al disponer que «en ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas». Se trata del llamado principio de «no devolución», conocido como *non refoulement*, previsto en el artículo 33 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en las Convenciones contra la tortura, tanto de Naciones Unidas como del sistema interamericano[92]. Recordamos que este principio prohíbe expulsar incluso a los extranjeros en situación irregular si la devolución se hace a un país en donde corre riesgo su vida, su libertad personal debido a su raza, nacionalidad, religión, condición social u opiniones políticas, o si existen fundamentos para creer que pueden ser sometidos a tortura.

La CIDH ha resaltado que la obligación de no devolución «es absoluta y no depende de la condición del reclamante como refugiado»[93]. Así, en el caso sobre la interceptación de haitianos en alta mar, la CIDH interpretó el alcance del derecho a buscar

---

idioma, costumbres y culturas, así como las dificultades económicas y sociales y los obstáculos para regresar a sus Estados de origen a que deben hacer frente los migrantes sin documentación o en situación irregular» (véase la Resolución de la AGNU de 24 de febrero de 2000, *sobre Protección de los migrantes*, A/RES/54/166, preámbulo, párr. 5º).

[90] Sentencia de la Corte IDH de 23 de noviembre de 2010, *caso Vélez Loor vs. Panamá*, párr. 100.

[91] CIDH, *Informe sobre terrorismo y derechos humanos, op.cit.*, párr. 404. *Cfr*. CIDH, *Informe Anual 1991*, OEA/Ser.L/V/II.79.rev.1, 22 de febrero de 1991, cuyo Capítulo V trata sobre la situación de los haitianos en República Dominicana.

[92] Véanse el artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de la ONU y el artículo 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

[93] CIDH, *Informe sobre terrorismo y derechos humanos, op.cit.*, párr. 394.

y recibir asilo consagrado en la Declaración Americana a la luz del principio de no devolución establecido en la Convención de 1951 sobre el estatuto de los refugiados. De conformidad con este, concluyó que dicho principio «no reconoce limitaciones geográficas»[94]. Por tanto, se aplica también cuando la persona es devuelta de alta mar al territorio del cual huyó, es decir, incluso cuando no ha pisado aún el territorio del Estado al cual pretende llegar para buscar refugio[95]. Sobre el tema de la expulsión de refugiados incidiremos en el capítulo correspondiente.

2. Ámbito regional africano y árabe

Por su parte, el artículo 22 de la CADH, el artículo 12 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 (CAHDP)[96], y el artículo 26 de la Carta Árabe de Derechos Humanos de 1994[97] contemplan los derechos de libre circulación y residencia.

En el ámbito africano, según el artículo 12 CAHDP:

> «1. Todo individuo tendrá a la libertad de tránsito y de residencia dentro de las fronteras de un Estado, siempre que se atenga a la ley.
>
> 2. Todo individuo tendrá derecho a salir de cualquier país, incluido el suyo, y a retornar a su propio país. Este derecho solo está sujeto a las restricciones estipuladas por la ley para la protección de la seguridad nacional, la ley y el orden, la salud pública o la moral.
>
> 3. Todo individuo tendrá derecho, cuando esté perseguido, a buscar y obtener asilo en otros países de conformidad con las leyes de esos países y los convenios internacionales.
>
> 4. Un extranjero legalmente admitido en un territorio de un Estado firmante de la presente Carta, solo puede ser expulsado de él en virtud de una decisión tomada de conformidad con la ley».

Finaliza el precepto prohibiendo la expulsión masiva de extranjeros, precisando que será considerada como tal aquella dirigida a un grupo nacional, racial, étnico o religioso (aptdo. 5).

---

[94] Informe de la CIDH n.º 51/96, de 13 de marzo de 1997, *Caso 10.675 – Comité Haitiano de Derechos Humanos et al. c. Estados Unidos*, párr. 157.
[95] RODRIGO UPRIMNY YEPES, R. y SÁNCHEZ DUQUE, L.M., *Convención Americana Sobre Derechos Humanos comentada*, México, 2014, p. 551.
[96] La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos fue firmada en Banjul el 27 de julio de 1981 y entró en vigor el 21 de octubre de 1986.
[97] La Carta Árabe de Derechos Humanos fue aprobada por el Consejo de la Liga Árabe el 15 de septiembre de 1994 y entró en vigor en 2008.

Sin embargo, no hemos encontrado pronunciamientos en el ámbito regional africano aplicables a la expulsión de extranjeros que hayan vulnerado la Carta. El sistema africano de derechos humanos se encuentra en evolución, y la Corte Africana debe aún demostrar su capacidad para persuadir a los Estados a cumplir con sus sentencias. Solo así se justificarían, no solo la Corte, sino los Estados africanos mismos, en su afán por crear instancias nuevas antes que evitar la violación de los derechos humanos[98].

Por su parte, la Carta Árabe recoge de manera similar a la africana el derecho a la libre circulación en su artículo 26:

> «1. Toda persona que se encuentre legalmente dentro del territorio de un Estado Parte tendrá, dentro de ese territorio, derecho a la libertad de circulación y a escoger de manera libre su residencia de conformidad con las regulaciones aplicables.
>
> 2. Un extranjero que se encuentre legalmente dentro del territorio de un Estado Parte podrá ser expulsado únicamente conforme a una decisión acorde a la ley y se le deberá dar, excepto cuando razones imperiosas de seguridad nacional requieran lo contrario, la posibilidad de que su caso sea revisado por una autoridad competente. Las expulsiones colectivas están prohibidas en todos los casos».

V. CONFIGURACIÓN EUROPEA ACTUAL DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN

A. Ámbito regional europeo: la protección de la libertad de circulación y la expulsión de extranjeros en Europa

En el ámbito regional europeo, y centrándonos en la libertad de circulación referida a la expulsión de extranjeros, cabe comenzar destacando los artículos 2.1, 2.2 y 3.2 del Protocolo 4, de 1963, al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 1950 (CEDH)[99], y el Protocolo 7, de 1984, que contempla garantías procedimentales aplicables para la expulsión de extranjeros[100]. En el sentido de los límites, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha afirmado que los Estados parte del CEDH no solo tienen el derecho a controlar la entrada, residencia y salida de los extranjeros de su territorio, sino también el deber de mantener

[98] SAAVEDRA ÁLVAREZ, Y., «El Sistema Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos. Prolegómenos», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 8, 2008, pp. 671-712.

[99] El Protocolo número 4, de 16 de septiembre de 1963, del que son parte 43 Estados, está en vigor desde el 2 de mayo de 1968. En España entró en vigor el 16 de septiembre de 2009.

[100] Este Protocolo, de 22 de noviembre de 1984, está en vigor desde el 1 de noviembre de 1988. En España, está en vigor desde el 1 de diciembre de 2009.

el orden público ejerciendo el mencionado derecho[101]. Pero en este caso, como veremos, existe la distinción entre ciudadanos de la UE y asimilados y personas extranjeras.

1. El régimen comunitario y la libre circulación y residencia de ciudadanos de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo de 1994. Su configuración frente a la expulsión

En el ámbito de la normativa comunitaria es preciso comenzar recordando que el concepto de la libre circulación de personas ha ido evolucionando desde que se introducen las primeras disposiciones sobre la materia en el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957, refiriéndose únicamente a la libre circulación de trabajadores y a la libertad de establecimiento[102], es decir, a las personas en cuanto empleados o prestadores de servicios[103]. Sin embargo, fue el Tratado de Maastricht de 1992 el que introdujo el concepto de ciudadanía de la Unión Europea, esto es, que todos los nacionales de un Estado miembro son automáticamente ciudadanos de la Unión, entendiendo que dicha ciudadanía es la que sustenta el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. El Tratado de Lisboa de 2007 vino a confirmar este derecho, que también se incluye en las disposiciones generales sobre el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, y aunque la intervención de la UE en esta materia siga siendo «compartida», se ha fortalecido en este ámbito el papel de la Unión[104].

Tras la supresión gradual de las fronteras interiores conforme a los Acuerdos de Schengen de 1985 y 1990[105], y bajo el mandato del Tratado de Ámsterdam de 1997, que

---

[101] *Cfr*. al respecto la STEDH de 18 de febrero de 1991, *asunto Moustaquim c. Bélgica* y STEDH de 26 de marzo de 1992, *asunto Beldjoudi c. Francia*.

[102] Véase la Directiva 2014/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores.

[103] La base jurídica se encuentra pues en el artículo 3, apartado 2, del TUE; artículo 21 del TFUE; títulos IV y V del TFUE; y artículo 45 de la CDFUE.

[104] Véase el art. 79 TFUE: «1. La Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas. 2. A efectos del apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas en los ámbitos siguientes: a) las condiciones de entrada y residencia y las normas relativas a la expedición por los Estados miembros de visados y permisos de residencia de larga duración, incluidos los destinados a la reagrupación familiar; b) la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros; c) la inmigración y residencia ilegales, incluidas la expulsión y la repatriación de residentes en situación ilegal; d) la lucha contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños».

[105] El hito fundamental en la creación de un mercado interior con libre circulación de personas fue la celebración de los dos Acuerdos de Schengen: el Acuerdo de Schengen propiamente dicho, de 14 de junio de 1985, y el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, que se firmó el 19 de junio de 1990 y entró en vigor el 26 de marzo de 1995. Inicialmente, el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen (firmado únicamente por Alemania, Bélgica, Francia, Luxemburgo y los Países Bajos) se

comunitarizó la política de inmigración[106], se adoptó la Directiva 2004/38/CE, 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[107]. Asimismo, cabe citar el Reglamento UE/492/2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión.

En cuanto a su regulación como un derecho, tal y como hemos mencionado, se encuentra en los artículos 20 y 21 del TFUE, que confieren a todo ciudadano de la UE «un derecho primario e individual de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros», así como en el artículo 45 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), cuando establece que:

«Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Podrá concederse libertad de circulación y de residencia, de conformidad con lo dispuesto en los Tratados, a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro».

En este sentido cabe citar la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 2002 en el asunto *Baumbast*[108].

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 52, se aplicará en las condiciones y dentro de los límites establecidos en los Tratados. El apartado 2 recuerda la competencia otorgada a la Unión por los artículos 77, 78 y 79 del

---

inscribía en el marco de la cooperación intergubernamental en los ámbitos de la justicia y los asuntos de interior. Un protocolo anexo al Tratado de Ámsterdam dispuso la transferencia del acervo de Schengen a los Tratados. En la actualidad, con arreglo al Tratado de Lisboa, está sujeto a control parlamentario y judicial. Como la mayor parte de las normas de Schengen ya forman parte del acervo de la Unión, los Estados que se adhieren no pueden optar, desde la ampliación de la Unión Europea del 1 de mayo de 2004, por acogerse a la cláusula de exclusión (artículo 7 del Protocolo de Schengen). Actualmente veintiséis países participan plenamente en el sistema Schengen: veintidós Estados miembros de la Unión Europea más Noruega, Islandia, Suiza y Liechtenstein (en régimen de países asociados). Irlanda no es parte del Convenio, pero puede optar por la aplicación de determinadas disposiciones del acervo de Schengen. Dinamarca, que forma parte de Schengen desde 2001, puede optar por quedar excluida de cualquier nueva medida en el ámbito de la justicia y los asuntos de interior, incluidas las relativas a Schengen, aunque está vinculada por determinadas medidas de la política común de visados. Bulgaria, Rumanía y Chipre se han de integrar en Schengen, aunque existen retrasos por diversos motivos. Croacia inició el procedimiento de solicitud de adhesión al espacio Schengen el 1 de julio de 2015. Véase, por ejemplo, VICENTE BLANCO, D.J., «El Sistema de los Acuerdos de Schengen desde el Derecho Internacional Privado (I). Perspectiva General y de Cooperación», *Revista de Estudios Europeos*, núm. 10, mayo-agosto de 1995, pp. 47-80, y VICENTE BLANCO, D.J. «El Sistema de los Acuerdos de Schengen desde el Derecho Internacional Privado (y II)», *Revista de Estudios Europeos*, núm. 11, septiembre-diciembre de 1995, pp. 91-119.

[106] Véase, por ejemplo, VICENTE BLANCO, D.-J., «Una regulación integral de la inmigración para Europa», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 5, 2003, pp. 91-113.

[107] Dicha Directiva fue elaborada con la intención de alentar a los ciudadanos de la Unión Europea a ejercer su derecho a la libre circulación y residencia en los Estados miembros, reducir al máximo la burocracia y definir mejor la situación de los miembros de las familias, así como limitar los supuestos en que se puede denegar la entrada o poner fin al derecho de residencia.

[108] Véase la STJUE de 17 de septiembre de 2002, asunto C-413/99, *Baumbast*.

TFUE. Por consiguiente, la concesión de este derecho en el ámbito de la UE depende del ejercicio de esta competencia por las instituciones.

Se trata, por tanto, de un derecho originario, pero no absoluto, de configuración legal, y sometido a las limitaciones previstas en la citada Directiva 2004/38/CE, que España transpuso a través del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE).

Por tanto, es un derecho reconocido a todo ciudadano de la Unión para circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a ciertas limitaciones y condiciones, y con dos matizaciones. La primera es que existen Acuerdos de la UE que amplían la libre circulación de personas a los nacionales del EEE. La segunda, que hay nacionales de terceros Estados que también pueden ser titulares del derecho de libre circulación de personas, siempre que exista un vínculo familiar con el nacional comunitario que les permita ser beneficiario de tal derecho.

2. Restricciones de la libertad de circulación en el régimen comunitario: orden público, seguridad o salud pública

Por todo lo dicho, el citado derecho no reviste un carácter absoluto ya que está sujeto a limitaciones. Por cuanto interesa al objeto de estudio de este trabajo, nos vamos a centrar solo en las relativas al orden público y la seguridad y salud públicas[109]. Así, el artículo 27 de la mencionada Directiva 2004/38, establece que:

«(…) los Estados miembros podrán limitar la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Estas razones no podrán alegarse con fines económicos. 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. La conducta personal del interesado deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad.

[109] Para una aproximación al concepto y contenido del orden público, seguridad y salud pública, véase MARTÍN MARTÍNEZ, M. M, «Límites a la libre circulación de personas en la UE por razones de orden público, seguridad o salud pública en tiempos de crisis: una revaluación a la luz de la jurisprudencia del TJUE», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 49, 2014, pp. 774-778; CEINOS SUÁREZ, Á., «Libertad de circulación y limitaciones por razón de seguridad y salud», en GARCÍA MURCIA, J. (dir.), *Libertades de circulación y derechos de protección social en la Unión Europea*, Juruá, Lisboa, 2016, pp. 91-114.

No podrán argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general (…)».

El Parlamento Europeo, en su Resolución de 16 de enero de 2014, «sobre el respeto del derecho fundamental a la libre circulación en la UE»[110], rechazaba todo intento de menoscabar el derecho a la libre circulación, además de pedir a los Estados miembros el cumplimiento de las disposiciones del Tratado relativas a las normas de la Unión sobre la libertad de circulación y garantizar el respeto del principio de igualdad y el derecho fundamental a la libre circulación respecto de todos los Estados miembros. Posteriormente, ha vuelto a reiterar tal petición tanto en su Resolución de 15 de marzo de 2017, «sobre los obstáculos a la libertad de los ciudadanos de la Unión de circular y trabajar en el mercado interior»[111], como en la de 12 de diciembre de 2017, relativa al Informe sobre la ciudadanía de la UE de ese mismo año[112], donde el Parlamento insistió en su petición de suprimir los obstáculos al derecho de libre circulación. Cabe destacar que, con la decisión del Reino Unido de abandonar la Unión Europea, la libre circulación se queda sin uno de sus principales críticos[113].

Las restricciones al derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos europeos se regulan en el capítulo VI del citado RD 240/2007 (arts. 15 y siguientes)[114]. Precisamente es el artículo 15 de este Real Decreto el que establece que únicamente podrá adoptarse la expulsión o devolución si existen motivos graves de orden público o seguridad pública. Al margen de que para adoptar tal decisión habría que valorar también «la duración de la residencia e integración social y cultural del interesado en España, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, y la importancia de los vínculos con su país de origen»[115].

---

[110] Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de enero de 2014, sobre el respeto del derecho fundamental a la libre circulación en la UE (2013/2960(RSP)).

[111] Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de marzo de 2017, sobre los obstáculos a la libertad de los ciudadanos de la Unión de circular y trabajar en el mercado interior (2016/3042(RSP)).

[112] Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de diciembre de 2017, sobre el Informe sobre la ciudadanía de la UE 2017: Fortaleciendo los derechos de los ciudadanos en una Unión de cambio democrático (2017/2069(INI)).

[113] Ver MARZOCCHI, Ottavio, "La Libre Circulación de Personas", *Fichas temáticas sobre la Unión Europea*, Parlamento Europeo, mayo de 2022, en https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/147/la-libre-circulacion-de-personas.

[114] En este sistema, las resoluciones que acuerdan la expulsión del ciudadano comunitario –que, además no era considerada una sanción administrativa en sentido propio, según la dicción del anterior art. 129.1 y 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (véase la STSJ Castilla y León nº 1024/2015, de 29 de mayo)– están sometidas al derecho administrativo y al control de la jurisdicción contencioso administrativa.

[115] Al respecto de la situación familiar y económica, debemos añadir la incidencia del derecho a la vida familiar, reconocido en el artículo 8 CEDH, tomado en consideración por los Tribunales de Justicia comunitarios. Así en la STJUE de 8 de diciembre de 2011, asunto C-371/08, *Nural Ziebell/Land Baden-Württemberg*, se señala «antes de adoptar tal decisión, las autoridades competentes del Estado miembro de acogida deberán tomar en consideración la duración de la residencia del interesado en el territorio de ese Estado, su edad, las consecuencias de la expulsión para la persona afectada y para los miembros de

A este respecto, y por cuanto en este trabajo nos centramos en la expulsión de extranjeros, debemos señalar que, en principio, tal y como ha entendido también el TS, alegar como motivo de expulsión, por ejemplo, el encontrarse trabajando sin permiso no puede ser considerado como uno de los «motivos graves de orden público o seguridad pública» que exige el precepto referido, en línea además con la clásica jurisprudencia comunitaria sobre la materia interpretativa de los conceptos orden público y seguridad pública, que se refleja en el artículo 27 de la Directiva 2004/38 /CE. Cabe citar así las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) de 17 de febrero de 2005 (*Oulane*)[116], 25 de julio de 2002 (*MRAX*)[117], 8 de abril de 1976 (*Royer*)[118], 3 de julio de 1980 (*Pieck*)[119] y 12 de diciembre de 1989 (*Messner*)[120], de las que se deduce, en concreto en relación con los trabajadores, que el principio de la libre circulación de personas debe ser interpretado en sentido amplio y que las excepciones a dicho principio deben interpretarse en modo restrictivo, habiendo considerado, además, que el estatuto de ciudadano de la Unión Europea exige una interpretación particularmente restrictiva de las excepciones dicha libertad[121].

Igualmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha estimado también que las circunstancias particulares que justifican el tener que acudir al concepto de orden público pueden variar de un país a otro y de una época a otra, por lo que es preciso reconocer a las autoridades nacionales competentes un margen de discrecionalidad dentro de los límites impuestos por el Tratado[122], pero teniendo en cuenta que las circunstancias particulares que justifiquen su aplicación, en su caso, deben estar relacionadas con el caso individual o fundarse en consideraciones de prevención general[123].

En este mismo sentido, queremos destacar también que otros motivos como la falta de integración social o la conflictividad de la persona, no son suficientes en sí

---

su familia, y los vínculos de esa persona con el Estado de residencia o la ausencia de vínculos con el Estado de origen» (párr. 80), añadiendo que «[a]l llevar a cabo esa valoración, tales autoridades están obligadas, además, a velar por el respeto tanto del principio de proporcionalidad como de los derechos fundamentales del interesado y, en particular, del derecho al respeto de su vida privada y familiar (véase, en este sentido, la sentencia de 22 de diciembre de 2010 , Bozkurt, antes citada, apartados 57 a 60 y jurisprudencia citada)» (párr. 82). Derecho a la vida familiar, igualmente tomado en consideración por las SSTEDH de 13 de julio de 1995, *Asunto Nasri c. Francia*, y de 24 de junio de 2014, *Asunto Ukaj c. Suiza*.

[116] STJCE de 17 de febrero de 2005, asunto C-215/03, *Oulane*.

[117] STJCE de 25 de julio de 2002, asunto C-459/99, *MRAX*.

[118] STJCE de 8 de abril de 1976, asunto C-48/75, *Royer*.

[119] STJCE de 3 de julio de 1980, asunto C-157/79, *Pieck*.

[120] STJCE de 12 de diciembre de 1989, asunto C-265/88, *Messner*.

[121] STJCE de 29 de abril de 2004, asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01, *Orfanopoulos y Oliveri*.

[122] STJCE de 17 de septiembre de 2002, asunto C-413/99, *Baumbast*.

[123] STJCE de 26 de febrero de 1975, asunto 67-74, *Bonsignore* y la clásica STJUE de 28 de octubre de 1975, asunto C-36/75, *Rutili*.

mismos para vulnerar el orden público que justificaría una expulsión, como expresó el TJCE en sus Sentencias de 19 de marzo de 1999 (*Donatella Calfa*)[124] y de 27 de octubre de 1977 (*Bouchereau*)[125]. Así, venía a afirmar en estos pronunciamientos que el concepto de orden público puede invocarse con el fin de justificar la expulsión del territorio de un Estado miembro de un ciudadano comunitario, en el caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, sin que la mera existencia de condenas penales constituya por sí sola motivo para la adopción de dicha medida, porque solo cuando aquellas evidencien la existencia de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público cabe restringir la estancia de un nacional de otro Estado miembro, situación que no es equiparable al defecto de integración social de una persona ni a su conflictividad indefinida.

Igualmente, entre los pronunciamientos más recientes del TJUE cabe citar la interesante Sentencia de 22 de junio de 2021 (*Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros*)[126], ya que se trata de una decisión de expulsión de un ciudadano de la Unión y de los miembros de su familia por razones de orden o de seguridad públicos, que a pesar de ser restricciones del derecho de circulación y de residencia se consideran justificadas cuando se basan exclusivamente en la conducta personal del interesado y se ajustan al principio de proporcionalidad. En concreto, se examinaba si el Derecho nacional, en este caso belga, era conforme con el Derecho de la Unión, ya que la normativa belga prevé, por una parte, la posibilidad de imponer a los ciudadanos de la Unión medidas preventivas para evitar cualquier riesgo de fuga, tales como un arresto domiciliario. Por otra parte, permite internar durante un período máximo de ocho meses a los ciudadanos de la Unión y a los miembros de sus familias que no hayan dado cumplimiento a tal decisión de expulsión, con el fin de garantizar su ejecución. Estas disposiciones son similares o idénticas a las aplicables a los nacionales de terceros países en situación irregular.

En este caso, el Tribunal de Justicia constató, con carácter preliminar, la falta de normativa del Derecho de la Unión sobre la ejecución de una decisión de expulsión de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias[127], por lo que si el Estado miembro de acogida establece normas inspirándose en las aplicables al retorno de los nacionales de terceros países no es, en sí mismo, contrario al Derecho de la Unión. Sin embargo, tales normas deben ser conformes con el Derecho de la Unión, en particular, en

[124] STJCE de 19 de enero de 1999, asunto C-348/96, *Donatella Calfa*.
[125] STJCE de 27 de octubre de 1977, asunto C-30/77, *Bouchereau*.
[126] STJUE de 22 de junio de 2021, asunto C-718/19, *Ordre des barreaux francophones and germanophone y otros.*
[127] La única normativa aplicable serían los arts. 20 TFUE y 21 TFUE y la referida Directiva 2004/38/CE.

materia de libertad de circulación y de residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias. Por ello, la justificación para tales restricciones debe basarse, por ejemplo, en evitar el riesgo de fuga y contribuir así a la protección del orden público.

Lo que consideramos más importante en esta Sentencia es que el Tribunal señala que estas medidas no pueden ser menos favorables que las previstas en el Derecho nacional para evitar el riesgo de fuga durante el plazo de salida voluntaria de los nacionales de terceros países que son objeto de un procedimiento de retorno por razones de orden público. A este respecto, el Tribunal de Justicia indicó que la duración del internamiento, que es idéntica a la aplicable al internamiento de los nacionales de terceros países, debe ser proporcionada al objetivo perseguido, consistente en garantizar una política eficaz de expulsión de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias. Ahora bien, por lo que respecta específicamente a la duración del procedimiento de expulsión, los ciudadanos de la Unión y los miembros de sus familias no se encuentran en una situación comparable a la de los nacionales de terceros países, de modo que no está justificado conceder un trato idéntico a todas esas personas en lo que atañe a la duración máxima del internamiento. En particular, los Estados miembros disponen de mecanismos de cooperación y de facilidades en el contexto de la expulsión de los ciudadanos de la Unión o de los miembros de sus familias a otro Estado miembro de los que no disponen necesariamente en el marco de la expulsión de un nacional de un tercer país a un tercer país.

Finalmente, vamos a destacar un pronunciamiento reciente del TJUE, de 6 de octubre de 2022, relativo a una cuestión prejudicial planteada por Estonia sobre el internamiento de un extranjero en situación irregular, ante el riesgo de que la ejecución efectiva de la expulsión se vea comprometida, así como ante el riesgo de comisión de un delito. El Tribunal entiende que el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2008/115/CE, debe interpretarse en el sentido de que no permite a un Estado miembro ordenar el internamiento de un nacional de un tercer país en situación irregular basándose únicamente en el criterio general del riesgo de que la ejecución efectiva de la expulsión se vea comprometida, sin que concurra ninguno de los motivos de internamiento específicos previstos y claramente definidos por la normativa que transpone esa disposición al Derecho nacional[128].

[128] STJUE de 6 de octubre de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Riigikohus Estonia), asunto C-241/21, *Politsei- ja Piirivalveamet*.

3. Residentes de larga duración

En el contexto normativo de la UE, los residentes de larga duración gozan de un grado de protección más elevado frente a la expulsión, gracias a la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración[129], cabe destacar que bajo mandato del Consejo de la UE por parte de España se ha conseguido u acuerdo para modificar esta Directiva, junto con la de Permiso único, lo que sin duda es un gran logro para avanzar en el Pacto sobre Migración y Asilo. Tal y como está previsto en la actualidad, la decisión de expulsar a un residente de larga duración se debe basar en una conducta que constituya una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública[130]. Además, tampoco puede ordenarse automáticamente la expulsión tras una condena penal, sino que se requiere una evaluación caso por caso[131].

En todo caso, antes de adoptar una decisión de expulsión de un residente de larga duración, de acuerdo al art. 12.3 de la citada Directiva 2003/109/CE:

> «Los Estados miembros deberán tomar en consideración los elementos siguientes:
>
> a) la duración de la residencia en el territorio;
>
> b) la edad de la persona implicada;
>
> c) las consecuencias para él y para los miembros de su familia;
>
> d) los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen».

En este sentido, cabe citar también el artículo 28 de la mencionada Directiva 2004/38/CE:

---

[129] Según el art.4 de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración: «Los Estados miembros concederán el estatuto de residente de larga duración a los nacionales de terceros países que hayan residido legal e ininterrumpidamente en su territorio durante los cinco años inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud correspondiente».

[130] De acuerdo al artículo 12 de la citada Directiva 2003/109/CE: «Protección contra la expulsión: 1. Los Estados miembros únicamente podrán tomar una decisión de expulsión contra un residente de larga duración cuando represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública. 2. La decisión a que se refiere el apartado 1 no podrá justificarse por razones de orden económico. 3. Antes de adoptar una decisión de expulsión de un residente de larga duración, los Estados miembros deberán tomar en consideración los elementos siguientes: a) la duración de la residencia en el territorio; b) la edad de la persona implicada; c) las consecuencias para él y para los miembros de su familia; d) los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen. 4. Una vez adoptada la decisión de expulsión, el residente de larga duración tendrá derecho a interponer los recursos jurisdiccionales o administrativos, legalmente previstos en el Estado miembro de que se trate. 5. Los residentes de larga duración que carezcan de recursos suficientes tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita en las mismas condiciones que los nacionales del Estado en que residan».

[131] Véase la STJUE de 7 de diciembre de 2017, asunto C-636/16, *Wilber López Pastuzano c. Delegación del Gobierno en Navarra.*

«Antes de tomar una decisión de expulsión del territorio por razones de orden público o seguridad pública, el Estado miembro de acogida deberá tener en cuenta, en particular, la duración de la residencia del interesado en su territorio (…). El Estado miembro de acogida no podrá tomar una decisión de expulsión del territorio contra un ciudadano de la Unión Europea o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, que haya adquirido un derecho de residencia permanente en su territorio, excepto por motivos graves de orden público o seguridad pública.

No se podrá adoptar una decisión de expulsión contra un ciudadano de la Unión, excepto si la decisión se basa en motivos imperiosos de seguridad pública tal que definidos por los Estados miembros, cuando este:

a) haya residido en el Estado miembro de acogida durante los diez años anteriores, o

b) sea menor de edad, salvo si la expulsión es necesaria en interés del niño, tal como establece la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989».

B. Protección de los familiares de nacionales del Espacio Económico Europeo o suizos

Los individuos de cualquier nacionalidad que son miembros de la familia de nacionales del EEE, incluidos los ciudadanos de la UE que están ejerciendo sus derechos de libre circulación, tienen un derecho de residencia que emana de las disposiciones de la UE sobre libertad de circulación. En virtud de la Directiva 2004/38/CE, se consideran miembros de la familia el cónyuge[132]; la pareja registrada, si la legislación del Estado miembro de acogida equipara la relación de pareja registrada al matrimonio; los descendientes directos menores de 21 años o a cargo, incluidos los del cónyuge o de la pareja registrada; los ascendientes directos a cargo, incluidos los del cónyuge o de la pareja registrada.

Con arreglo a la Directiva citada en el párrafo anterior, los nacionales de terceros países que tienen estos lazos familiares gozan de un nivel de protección contra la expulsión más elevado que otras categorías de nacionales de terceros países. De conformidad con el artículo 28 de la Directiva, solo pueden ser expulsados por razones de orden público o seguridad pública[133]. En el caso de los residentes permanentes, las

[132] También cuando es del mismo sexo, tal como precisó el TJUE en su Sentencia de 5 de junio de 2018, asunto C-673/16, *Coman*.

[133] Véanse los siguientes casos en los que el TJUE ha interpretado la noción de «motivos imperiosos de seguridad pública» mencionada en el artículo 28.3: STJUE de 2 de mayo de 2018, asuntos acumulados C-331/16 y 366/16, *K. contra Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* y *H. F. c. Belgische Staat* [GS],

razones de la expulsión han de alcanzar el nivel de «motivos graves de orden público o seguridad pública». Además, tal como se establece en el artículo 27.2 de la Directiva, estas medidas deben ajustarse al principio de proporcionalidad, basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado y representar una «amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad»[134].

En el caso de los nacionales suizos, la base jurídica de la libertad de circulación y protección contra la expulsión se encuentra reconocida en el Anexo I del Acuerdo sobre libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros y la Confederación Suiza[135]. De conformidad con el artículo 5 de dicho Anexo, «los derechos concedidos en virtud del Acuerdo solo se pueden limitar por razones de carácter público, de seguridad pública y de salud pública».

En todo caso, los Estados deben notificar su decisión a la persona afectada y las razones en que se ha basado (artículo 30)[136]. Sobre este aspecto se pronunció el TJUE en el *asunto ZZ contra Secretary of State for the Home Department*[137], en concreto, respecto al apartado segundo del artículo 30 de la Directiva sobre libre circulación, según el cual las autoridades deben comunicar al interesado las razones en las que han basado su decisión de denegación el derecho de residencia. Al determinar si las autoridades pueden abstenerse de divulgar determinada información por motivos de seguridad del Estado, el TJUE entendió la necesidad de lograr un equilibrio entre la seguridad del Estado y el derecho a una tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 47 de la CDFUE. Finalmente, consideró que el tribunal nacional que examine la decisión de las autoridades de no divulgar las razones en las que ha basado su negativa debe ser competente para garantizar que se limite a lo estrictamente necesario. En cualquier caso, se ha de informar al interesado de la esencia de los motivos en que se ha basado la decisión, de un modo que tenga debidamente en cuenta la necesaria confidencialidad de las pruebas.

---

párs. 39 a 56; STJUE de 22 de mayo de 2012, asunto C-348/09, *P.I. c. Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid*, párs. 20 a 35; STJUE de 23 de noviembre de 2010, asunto C-145/09, *Land Baden-Württemberg contra Panagiotis Tsakouridis*, párs. 39 a 56.

[134] En relación con la jurisprudencia relativa al artículo 27 de la Directiva 2004/38/CE, sobre la noción de «orden público», véanse la STJUE de 17 de noviembre de 2011, asunto C-434/10, *Petar Aladzhov c. Zamestnik director na Stolichna direktsia na vatreshnite raboti kam Ministerstvo na vatreshnite raboti* y la STJUE de 17 de noviembre de 2011, asunto C-430/10, *Hristo Gaydarov c. Director na Glavna direktsia «Ohranitelna politsia» pri Ministerstvo na vatreshnite raboti*. Respecto de la noción de «amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad», véase la STJCE de 29 de abril de 2004, asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01, *Orfanopoulos y Oliveri*, párs. 65 a 71.

[135] Dicho Acuerdo, firmado en Luxemburgo en 1999, entró en vigor el 1 de junio de 2002.

[136] FRA, *Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2020, pp. 147 y ss.

[137] STJUE de 4 de junio de 2013, asunto C-300/11, *ZZ v Secretary of State for the Home Department*.

Por último, en caso de fallecimiento, divorcio o partida de un nacional del EEE que estaba ejerciendo su derecho de libre circulación, se mantiene la protección a los miembros de su familia (artículos 12 y 13 de la Directiva 2004/38/CE)[138].

C. Nacionales turcos

En cuanto al Derecho de la UE, el artículo 14.1 de la Decisión n. º 1/80 del Consejo de Asociación[139], de 19 de septiembre de 1980, establece que los nacionales turcos en ejercicio de los derechos previstos en el Acuerdo de Ankara solo pueden ser expulsados por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. El TJUE ha insistido en que, ante una propuesta de expulsión, se han de aplicar los mismos criterios a un ciudadano turco establecido y con residencia en un Estado miembro de la UE que a un nacional del EEE. Por todo lo cual, conforme al Derecho de la UE se impediría la expulsión de un nacional turco si esta se basa exclusivamente en consideraciones referentes a la prevención general, a servir como forma de disuadir a otros extranjeros, o cuando es el resultado automático de una condena penal. De conformidad con jurisprudencia consolidada, las excepciones al principio fundamental de libre circulación de las personas, incluido el orden público, se deben interpretar de manera estricta, de modo que su ámbito de aplicación no pueda verse determinado unilateralmente por los Estados miembros de la UE[140].

En concreto, cabe citar el asunto *Polat*[141], en el que el Tribunal de Justicia especificó que las medidas por las que se autorizan las limitaciones de los derechos concedidos a los nacionales turcos por razones de orden público, seguridad pública o salud pública en virtud del artículo 14 de la Decisión n.º 1/80 Consejo de Asociación se han de basar exclusivamente en la conducta personal del individuo afectado. La circunstancia de que esa persona haya sido condenada en diversas ocasiones en el Estado miembro de acogida solo puede motivar esas medidas si su comportamiento constituye

[138] En determinadas situaciones, los nacionales de terceros países también pueden gozar de protección contra la expulsión en virtud del artículo 20 del TFUE. Para información sobre un asunto en el que se concedió dicha protección, véase la STJUE de 8 de marzo de 2011, asunto C-34/09, *Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEm)*. Por el contrario, para información sobre un asunto en el que no se concedió protección, véanse la STJUE de 15 de noviembre de 2011, asunto C-256/11, *Murat Dereci y otros c. Bundesministerium für Inneres*; la STJUE de 8 de mayo de 2013, asunto C-87/12, *Ymeraga y otros c. Ministre du travail, de l'Emploi et de l'Immigration* y la STJUE de 8 de noviembre de 2012, asunto C-40/11, *Iida c. Stadt Ulm*.

[139] El Consejo de Asociación fue creado por el Acuerdo de Asociación firmado el 12 de septiembre de 1963 en Ankara por la República de Turquía, de un lado, así como por los Estados miembros de la CEE, de otro. Este Acuerdo fue «concluido, aprobado y confirmado» en nombre de la CEE a través de la Decisión 64/732/CEE del Consejo, de 23 de diciembre de 1963 (DO 1964, 217, p. 3685).

[140] STJCE de 28 de octubre de 1985, asunto 36/75, *Roland Rutili c. Ministre de l'intérieur*, párr. 27; STJCE de 29 de abril de 2004, asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01, *Orfanopoulos y Oliveri*, párr. 67.

[141] Véase en global la STJCE de 4 de octubre de 2007, asunto C-349/06, *Murat Polat c. Stadt Rüsselsheim*.

una amenaza real y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad, extremo que corresponde averiguar a los tribunales nacionales.

D. Los ciudadanos británicos: lo que el BREXIT ha desunido

Desde el 31 de enero de 2020 Reino Unido ya no pertenece a la Unión Europea, aunque el periodo de transición acordado permitió que hasta el 31 de diciembre de ese mismo año nada cambiara con respecto a los derechos de los ciudadanos, los operadores económicos, las autoridades judiciales y las autoridades administrativas de la Unión y del Reino Unido. Estas medidas de transición se recogieron en el denominado «Acuerdo de Retirada»[142], que entró en vigor el 1 de febrero de 2020. Se trata de un documento que consta de 185 artículos y tres protocolos adicionales, incluyendo, entre esas garantías, el «período transitorio» que concluyó el 31 de diciembre de 2020[143].

Un aspecto clave de este Acuerdo de Retirada, son los derechos regulados en el Título II en materia de residencia de aquellas personas que han venido disfrutando de ellos antes del fin del periodo transitorio. En base a ello todos los nacionales del Reino Unido y sus familiares, nacionales de terceros países, que residieran en España antes de que concluya dicho periodo transitorio, mantendrían sus derechos derivados de la aplicación del Derecho de la Unión (salvo el derecho de sufragio activo y pasivo en elecciones al Parlamento Europeo y el ejercicio de la iniciativa legislativa ciudadana de la UE).

Por su parte, a aquellos ciudadanos de Reino Unido que hayan llegado a partir del 1 de enero de 2021, y que no queden incluidos en la aplicación del Acuerdo de Retirada, se les aplicará el régimen general de extranjería, ya que el acuerdo alcanzado entre el Reino Unido y la UE no incluye la libre circulación de personas.

En base a lo anterior, a partir del 1 de enero de 2021 los nacionales de Reino Unido en España se encontrarían en una de estas dos situaciones:

1. Serán beneficiarios del Acuerdo de Retirada.
2. Se regirán por las disposiciones generales del régimen de extranjería.

[142] Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (DOUE-Z-2019-70004).

[143] Otra fecha clave era el 31 de marzo de 2021, que marcaba el plazo para que los británicos que se encontraran en España se hubieran registrado como residentes, ya que, de lo contrario, podrían pasar a ser inmigrantes en situación irregular y, por tanto, podrían ser expulsados.

1. Nacionales del Reino Unido o sus familiares residentes en España beneficiarios del acuerdo de retirada

El objetivo fundamental que pretendía el Acuerdo de Retirada era que los nacionales del Reino Unido y sus familiares que venían residiendo en España antes de que concluyera el periodo transitorio, mantuvieran su status derivado de la aplicación del Derecho de la Unión (salvo el derecho de sufragio activo y pasivo en elecciones al Parlamento Europeo y el ejercicio de la iniciativa legislativa ciudadana de la UE).

En base a ello, el Acuerdo de Retirada ofrecía dos posibilidades para documentar a los beneficiarios del Acuerdo: (1) establecer un procedimiento de carácter constitutivo, en el que se debía solicitar una nueva condición de residente en el Estado de acogida (artículo 18.1); (2) no aplicar dicho procedimiento y expedir, si así lo solicitaban los ciudadanos, un documento de residencia que expresamente los identifique como beneficiarios del Acuerdo (18.4).

España optó por esta segunda posibilidad y, en base a ello, el 4 de julio de 2020 se publicó la Instrucción firmada por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, a través de la Dirección General Migraciones, junto con el Ministerio de Interior, a través de la Dirección General de la Policía[144]. Este procedimiento se puso en marcha el 6 de julio de 2020 y distinguía entre aquellos que ya contaban con un certificado de registro o tarjeta de familiar de ciudadano de la UE y los que no estaban en posesión de los mismos por diversos motivos.

Es preciso destacar que los certificados de registro y tarjetas de familiares de ciudadano de la UE servirían para acreditar la condición de beneficiario del Acuerdo de retirada tras el 31 de diciembre de 2020 y acreditar, por tanto, la residencia legal en España con posterioridad al fin del periodo transitorio.

No obstante, desde el Gobierno se ha recomendado la obtención del nuevo documento de residencia ya que este sigue un modelo establecido a nivel europeo y menciona explícitamente su condición de beneficiario del Acuerdo de Retirada. Además, este nuevo documento es una tarjeta física que contiene elementos biométricos que, entre otros, facilita la realización de trámites administrativos al titular e incluso el cruce de las fronteras exteriores de la Unión Europea.

El acuerdo de Retirada también prevé, no obstante, la posibilidad de expulsión en base a la conducta, así en el art. 20 se afirma que:

[144] Véase la Resolución de 2 de julio de 2020, de la Subsecretaría, por la que se publica la Instrucción conjunta de la Dirección General de Migraciones y de la Dirección General de la Policía, por la que se determina el procedimiento para la expedición del documento de residencia previsto en el artículo 18.4 del Acuerdo de Retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

«2. La conducta personal después del final del período transitorio de los ciudadanos de la Unión o los nacionales del Reino Unido, los miembros de sus familias y cualesquiera otras personas que ejerciten los derechos establecidos en el título II podrá constituir un motivo para la restricción del derecho de residencia por parte del Estado de acogida o del derecho de entrada en el Estado de trabajo con arreglo a la legislación nacional.

3. El Estado de acogida o el Estado de trabajo podrán adoptar las medidas necesarias para denegar, extinguir o retirar cualquier derecho conferido por el presente título en caso de abuso de derecho o fraude, en los términos establecidos en el artículo 35 de la Directiva 2004/38/CE. Estas medidas estarán sometidas a las garantías procesales contempladas en el artículo 21 del presente Acuerdo.

4. El Estado de acogida o el Estado de trabajo podrán expulsar de su territorio a los solicitantes que hayan presentado solicitudes fraudulentas o con abuso de Derecho con arreglo a las condiciones establecidas en la Directiva 2004/38/CE, en particular los artículos 31 y 35, incluso antes de que se dicte sentencia firme en caso de interposición de un recurso judicial contra la decisión que deniegue la solicitud».

2. Nacionales del Reino Unido o sus familiares que quieran residir en España a partir del 1 de enero de 2021 y que no sean beneficiarios del acuerdo de retirada

A aquellos nacionales de Reino Unido y a los miembros de su familia que lleguen a España tras la finalización del periodo transitorio, es decir, a partir del 1 de enero de 2021, y que no sean beneficiarios del Acuerdo de Retirada, se les aplicará el régimen general de extranjería, ya que el acuerdo de relación futura alcanzado entre el Reino Unido y la UE no contiene disposiciones referidas al mantenimiento de la libre circulación de personas.

Este régimen general de extranjería se encuentra fundamentalmente integrado por la LOEX y su normativa de desarrollo, así como por la sección de movilidad internacional de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Por tanto, les serán aplicables las previsiones que exponemos más adelante sobre el régimen de salidas forzosas en España.

E. Libertad de circulación y residencia de los beneficiarios de protección internacional

Para finalizar este apartado, cabe hacer referencia a la libertad de circulación en relación con los solicitantes de protección internacional, a los que se refiere el art. 33 de

la Directiva 2011/95/UE[145], que recuerda a los Estados miembros que «permitirán en su territorio la libre circulación de los beneficiarios de protección internacional en las mismas condiciones y con las mismas restricciones que rigen para los otros nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de los Estados miembros»[146].

Tal y como reconoce el Abogado General Sr. P. Cruz Villalón, con independencia de la compleja interacción del Derecho de los refugiados y de los derechos humanos en Derecho internacional, parece indudable que, en el Derecho de la Unión, tal y como afirma el considerando 16 de la Directiva 2011/95, los derechos fundamentales constituyen el marco de referencia básico en el que se inserta el estatuto específico de los beneficiarios de protección internacional[147]. En este sentido, las disposiciones del capítulo VII de la Directiva 2011/95 definen el estatuto de los beneficiarios de la protección internacional a través del principio de igualdad de trato. Dicho principio constituye además un principio general del Derecho de la Unión, recogido hoy en el artículo 20 de la Carta, del que a su vez constituye una manifestación específica el principio de no discriminación previsto en el artículo 21, apartado 1, de la Carta. Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, «dicho principio exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté justificado objetivamente»[148].

---

[145] 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 protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida.

[146] A este respecto, se recuerda que, en el ámbito del Derecho internacional, el artículo 23 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, firmada en Ginebra el 28 de julio de 1951, dedicado a la «Asistencia pública», establece que «los Estados Contratantes concederán a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio de tales Estados el mismo trato que a sus nacionales en lo que respecta a asistencia y a socorro públicos». El artículo 26 de la misma Convención, bajo la rúbrica de «Libertad de circulación», establece que «todo Estado Contratante concederá a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio el derecho de escoger el lugar de su residencia en tal territorio y de viajar libremente por él, siempre que observen los reglamentos aplicables en las mismas circunstancias a los extranjeros en general». El artículo 12 del PIDCP establece lo siguiente: «1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia (…). Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto». El artículo 2 del Protocolo adicional no 4 al CEDH, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, bajo la rúbrica «Libertad de circulación», dispone lo siguiente: «1. Toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente por él y a elegir libremente su residencia. (…) El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, el mantenimiento del orden público, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros. Los derechos reconocidos en el párrafo 1 podrán igualmente, en ciertas zonas determinadas, ser objeto de restricciones que, previstas por la ley, estén justificadas por el interés público en una sociedad democrática».

[147] Véanse las Conclusiones del Abogado General Sr. P. Cruz Villalón de 6 de octubre de 2015, asuntos acumulados C-443/14 y C-444/14, *Alo.*

[148] *Ibid*, párr. 71.

Uno de los aspectos polémicos a este respecto guarda relación con la interpretación del referido artículo 33 en relación con la obligación de residencia en un determinado lugar impuesta a un beneficiario del estatuto de protección internacional –en este caso, de protección subsidiaria– en el *asunto Alo*[149]. Aquí el TJUE entendió que tal práctica suponía una restricción a la libertad de circulación garantizada por dicho artículo, aun cuando dicha medida no prohíba a ese beneficiario desplazarse libremente por el territorio del Estado miembro que le ha concedido esta protección, ni permanecer temporalmente en su territorio fuera del lugar designado por la obligación de residencia. Así, como concluía el abogado general, una obligación relativa al lugar de residencia para personas con un estatuto de protección subsidiaria fundamentada en el objetivo de asegurar una adecuada distribución territorial de las cargas de la asistencia social, no resulta compatible con el artículo 33 de la Directiva 2011/95.

Sin embargo, advertimos también que esta libertad admite «matices» ya que su art. 32.2 permite la dispersión de beneficiarios y, por ende, la determinación del lugar de residencia de los mismos. Por ello, el TJUE afirmó que debe entenderse este derecho en el sentido de que los Estados miembros podrán utilizar dicha práctica en su política de vivienda, opinión compartida por el Abogado General, que además afirma que dicho artículo constituiría una advertencia para evitar una concentración de refugiados en determinadas áreas, y para evitar la discriminación y garantizar la igualdad de oportunidades[150].

Por tanto, como viene a establecer el Abogado General en sus citadas Conclusiones:

«Una obligación relativa al lugar de residencia para personas con un estatuto de protección subsidiaria prevista en la normativa que fue objeto del litigio principal en el caso referido, justificada por razones de política de inmigración o de integración, es únicamente compatible con el artículo 33 de la Directiva 2011/95, de conformidad con el artículo 21 de la CDFUE en relación con el derecho fundamental a la libre circulación dentro de un Estado, en el caso de que dichas razones sean lo suficientemente serias, estén vinculadas a situaciones de hecho concretas y de que, dentro del respeto a las exigencias del principio de proporcionalidad, el ordenamiento nacional no reduzca exclusivamente a los beneficiarios de protección internacional el alcance de la restricción que nos ocupa, lo que corresponde verificar a la jurisdicción nacional» (Conclusión 3ª, párr. 105).

[149] Véase la STJUE de 1 de marzo de 2016, asuntos acumulados C-443/14 y C-444/14, *Alo*.
[150] *Ibid*, págs. 38-39.

VI. CONFIGURACIÓN DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN EN RELACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

Tras perfilar la visión general sobre la libertad de circulación, es preciso recalar en cómo se configura y qué relación tiene con los derechos fundamentales de los extranjeros, y en concreto, cómo interactúa con el tema principal de este trabajo que se centra en la expulsión de los no nacionales. Así, vamos a comenzar afirmando que, con carácter general, la configuración de la titularidad de los derechos de la persona se asienta en una visión «nacional» del sistema. La ciudadanía, que se vincula a la nacionalidad, es el nexo de enganche a los derechos fundamentales. A pesar de que los ordenamientos se están abriendo a la atribución amplia de derechos a los no nacionales, dicha apertura no lo es nunca en términos de igualdad absoluta, de ahí que hayamos comenzado afirmando la existencia de «discriminación» o cuando menos «distinción» respecto a la nacionalidad persistente y permitida en la actualidad. Por tanto, al desplazarse las personas se produciría una pérdida de derechos, al haber dejado de pertenecer a una comunidad organizada (voluntaria o involuntariamente), que solo se recuperan si se incorporan a otra comunidad adquiriendo la nacionalidad de la receptora[151].

El principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación comenzó a plasmarse como consecuencia del movimiento constitucional del siglo XVIII, tras la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que proclamaba en su artículo 1 que «los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales solo pueden fundarse en la y utilidad social».

La perspectiva genérica sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación se encuentra recogido en las más relevantes declaraciones internacionales de derechos. Son los casos, de manera principal, de la DUDH de 10 de diciembre de 1948 (artículos 1, 2 y 7); del PIDCP de 19 de diciembre de 1966 (artículos 2.1º y 2º, 20.2, 26 y 27); del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 16 de diciembre de 1966 (artículos 2.2º y 3º), de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 (artículos 1 y 10), todas ellas de las Naciones Unidas, y, en el ámbito europeo, el CEDH de 4 de octubre de 1950 (art. 14) y la CDFUE de 7 de diciembre de 2000 (arts. 20, 21 y 23).

Con un sentido más amplio, cabe citar el propio Tratado de la Unión Europea (TUE), cuyo artículo 2 realiza una proclamación formal de los valores superiores de la Unión, entre los que se encuentran la igualdad y la no discriminación. La igualdad

[151] ADELA ASÚA BATARRITA, A. y GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., «Derecho a tener derechos: participación y cohesión social en el sistema constitucional español». *XVIII Conferencia Trilateral. Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España, Roma*, octubre 2016. pp. 2 y ss.

aparece, por tanto, doblemente mencionada en este precepto: primero, de modo genérico, y, posteriormente, en su específica dimensión de igualdad entre mujeres y hombres (art. 3). Dicho principio de igualdad se consagra asimismo en otros de sus preceptos: la igualdad entre Estados miembros, que se establece en el art. 4; la igualdad entre sus ciudadanos, que se enuncia en su art. 9; y el principio de igualdad entre las disposiciones de acción exterior de la Unión, que se refiere en el art. 21. Por lo demás, el TFUE proclama en su art. 8 la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres, principio que vuelve a reiterarse entre las disposiciones reguladoras de la política social europea (arts. 153 y 157).

Asimismo, hay que tener presente que en el seno de la Unión Europea se han dictado muchas normas «derivadas» de interés en la presente materia. Son los casos de la Declaración común del Parlamento Europeo, del Consejo, de los representantes de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo y de la Comisión contra el racismo y la xenofobia de 11 de junio de 1986; la Directiva 2000/43/CE, del principio de igualdad de trato y no discriminación de las personas por motivo de su origen racial o étnico; la Directiva 2000/78/CE para la igualdad de trato en el empleo; o la Directiva 2002/73/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso de empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo[152].

Otros tratados internacionales suscritos por España, así como las resoluciones de organismos internacionales y supranacionales, se ocupan de proyectar el principio de igualdad sobre algún campo material concreto o causa de discriminación específica. Entre los muchos tratados que cabría mencionar al respecto, se encuentran los siguientes: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 21 de diciembre de 1965; la Declaración de la Conferencia General de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura sobre la Raza y los Prejuicios Raciales de 27 de noviembre de 1978; la Convención sobre Derechos Políticos de la Mujer de 20 de diciembre de 1952; la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 18 de diciembre de 1979 y el Protocolo Facultativo de 6 de octubre de 1999.

También conviene tener en cuenta otros tratados, como el Convenio sobre Igualdad de Remuneración de 29 de junio de 1951; el Convenio relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación de 25 de junio de 1958; la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza

[152] GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P., *Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado – España*, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo. Unidad Biblioteca de Derecho Comparado PE 659.297, octubre 2020, pp. 18 y ss.

de 14 de diciembre de 1960; la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en Religión o las Convicciones de 25 de noviembre de 1981; la Declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas de 18 de diciembre de 1992; y el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales suscrito en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995.

VII. LIBERTAD DE CIRCULACIÓN, IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

A. El encaje constitucional

Si bien el último bloque de este trabajo estará dedicado a la regulación en nuestro ordenamiento de la expulsión de extranjeros y su problemática, vamos a exponer aquí su configuración con respecto a la libertad de circulación, en relación con el encaje constitucional de los derechos de los extranjeros. Así, cabe comenzar recordando que, en el Derecho español, los ideales de igualdad no se recogieron expresamente hasta bien entrado el siglo XX, con la aprobación de la Constitución republicana de 1931. Su artículo 2 proclamaba la igualdad ante la ley de todos los españoles, mientras que el artículo 25 recogía la prohibición de discriminación por determinadas circunstancias (naturaleza, filiación, sexo, clase social, riqueza, ideas políticas y creencias religiosas)[153].

La Constitución de 1978 consagra el principio de igualdad y de no discriminación en su artículo 14, con el que se inaugura el Capítulo II del Título I de la Carta Magna, dedicado a los derechos fundamentales y las libertades públicas, y concede al principio de igualdad y no discriminación el máximo grado de protección y garantías en materia de derechos y libertades, a través del artículo 53 CE que así lo prescribe. El art. 14 CE en su único apartado, recoge simultáneamente los principios de igualdad y de no discriminación. Sus referentes más destacados en el ámbito comparado son la Constitución francesa de 1958 (artículo 2.1º), la Constitución italiana de 1947 (artículo 3) y la Ley Fundamental alemana de 1949 (artículo 3).

Además, la Constitución contiene otras dos referencias, de las que necesariamente se ha de partir para realizar una interpretación correcta de alcance y contenido técnico-jurídico del principio de igualdad: el art. 1.1. y el art 9.2, al mismo tiempo que la exigencia de igualdad y no discriminación se refleja explícitamente en otros preceptos constitucionales, relativos a los derechos fundamentales, en concreto, el acceso a cargos

[153] Véase «Constitución de 1931» *Constituciones históricas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, disponible en https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-11/1931.pdf

y funciones públicas del art. 23.2, a los derechos y deberes de los ciudadanos (en relación con el sistema tributario, el matrimonio y el trabajo (arts. 31.1, 32.1 y 35.1, respectivamente)), a principios rectores de política social y económica (relativo a la igualdad de los hijos ante la ley del art. 39.2), al sufragio universal para elegir los miembros del Congreso de los Diputados y el Senado (arts. 68.1 y 69.2), a objetivos de desarrollo económico (referidos con el nivel de vida de los españoles del art. 130.1) y a la organización territorial del Estado (en relación con la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, de conformidad con el art. 149.1.1ª). Por último, la igualdad sobrevuela en otros muchos preceptos constitucionales que, al referirse al sujeto de derechos, utilizan significativamente el término «todos», «todas las personas», «los ciudadanos» o los «españoles», queriendo indicar con ello una debida igualdad en el acceso a tales derechos. Sin olvidar que se trata de un derecho consagrado, además, en el artículo 14 del CEDH, suscrito el 4 de octubre de 1950 y ratificado por España de 26 de septiembre de 1979. Precisamente, la normativa internacional más influyente en la doctrina constitucional española y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido, sin duda alguna, el citado Convenio. A ello hay que añadir lo previsto en la mencionada CDFUE del año 2000 (artículos 20, 21 y 23).

Con relación a la libertad de circulación, se reconoce en nuestra Constitución como un derecho fundamental en el artículo 19, por lo que cabe incardinarla en el entramado de derechos y libertades que corresponden tanto a españoles como a extranjeros. Sin embargo, tal y como veremos, la libertad de circulación por el territorio nacional se consagra como tal en nuestra Constitución únicamente para los españoles. En palabras del Tribunal Constitucional, los extranjeros carecen del derecho fundamental a circular libremente por España[154] al no conllevar el derecho a la libertad el derecho a entrar en el territorio nacional[155]. Por tanto, el derecho a entrar en España no es un derecho fundamental del que sean titulares los extranjeros en atención al art. 19 CE[156].

Más precisamente, como ha señalado el TC, el art. 13.1 CE y el art. 19 CE, en relación con los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales, no incluyen el derecho a entrar en España como derecho fundamental de los extranjeros[157]. Dicho de otro modo, el derecho a entrar en España, como derecho fundamental, solo

[154] Véanse la STC 94/1993 de 22 marzo de 1993, FJ. 3º; la STC 86/1996, de 21 mayo de 1996, FJ. 2º y la STC 174/1999, de 27 septiembre de 1999, FJ. 4º.
[155] Véanse la STC 179/2000, de 26 junio de 2000, FJ. 2º y el ATC 55/1996, de 6 marzo, FJ. 3º.
[156] Véanse la STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, FJ. 12 y SAGARRA TRÍAS, E., *La legislación sobre extranjería e inmigración: una lectura: los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*, Edicions Universitat Barcelona, Barcelona, 2002, pp. 124.
[157] STC 72/2005, de 4 abril de 2005, FFJJ. 6º, 7º y 8º.

corresponde a los españoles y no a los extranjeros, aunque el legislador puede otorgarlo a los extranjeros que cumplan los requisitos establecidos en la ley[158].

B. Igualdad de derechos entre españoles y extranjeros. El criterio del TC en relación con la libertad de circulación.

Aunque la Constitución Española no define quiénes son españoles, sí se consagra que la posesión de la nacionalidad es una condición de la que no puede ser privado ningún español de origen y cuya adquisición derivada será regulada por la ley (art. 11 CE), concretamente por el Código Civil (art. 22 CC).

Y aunque el artículo 27 CC parte de reafirmar la equiparación apriorística entre españoles y extranjeros[159], nuestra Carta Magna, en el artículo 13.1, lo hace desde una premisa distinta, admitiendo que los extranjeros pueden quedar excluidos de la titularidad de derechos en virtud de lo que establezcan los tratados internacionales y la ley. Así, dicho artículo establece que «los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley». Por tanto, supedita las libertades públicas a lo que determinen las leyes y los tratados, aunque sin olvidar también que, al estar vinculados a los principales instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos (artículo 10.2), los extranjeros tienen garantizados la práctica totalidad de los derechos recogidos por nuestra Carta Magna.

Esto no significa que las libertades públicas reconocidas a los extranjeros se restrinjan solo a las contempladas en el Título I, sino que las libertades contempladas en este Título se reconocerán en virtud de los tratados y leyes, lo cual no implica, por tanto, que no se garanticen a los extranjeros el conjunto de derechos y libertades que reconoce nuestra Constitución por igual para españoles y extranjeros. Lo que viene a mostrar es que la Constitución Española no establece un vínculo claro entre la noción de ciudadanía y la definición de la titularidad de los derechos fundamentales. Ello ha obligado a la jurisprudencia constitucional a tejer ese vínculo a partir de las previsiones contenidas en los arts. 11 y 13 de la Constitución, que formulan las condiciones básicas de ejercicio de los derechos o, dicho de otro modo, los elementos que configuran la titularidad de los derechos constitucionalmente reconocidos.

Por tanto, la Constitución Española reconoce al nacional y al extranjero como sujetos de derecho diversos, admitiendo que este último, en su condición de no nacional,

[158] Doctrina que se reitera en la STC 236/2007, de 7 noviembre de 2007, FJ. 14º y en la STC 260/2007, de 20 diciembre de 2007, FJ. 5º.

[159] Dispone el artículo 27 CC que «los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo lo dispuesto en las Leyes especiales y en los Tratados».

verá definido su estatuto por la ley y los tratados y no directamente por la Constitución. En paralelo, el texto constitucional no se refiere a la noción de ciudadanía europea, ausencia que se contextualiza en el marco de la total falta de mención del proceso de integración europeo como tal. El Tribunal Constitucional, en la Declaración 1/1992, de 1 de julio, negó la posibilidad hermenéutica de asimilar la ciudadanía europea con la ciudadanía «nacional», propuesta interpretativa planteada por el Gobierno que fue quien planteó el recurso previo de inconstitucionalidad resuelto en aquel pronunciamiento[160]. En aquel momento el Tribunal reconoció la existencia de un triple estatuto en lo que a la consideración de la titularidad de derechos constitucionales se refiere: el del nacional español, el de ciudadano comunitario y el de extranjero extracomunitario.

El problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos para los extranjeros dependerá del derecho afectado, tal y como interpretó el TC en su famosa Sentencia 107/1984, de 23 de noviembre[161]. En dicho pronunciamiento se afirmaba lo siguiente:

«Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contienen); y finalmente, existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio» (FJ. 4º).

Igualmente, se reconoce en la Sentencia una completa igualdad entre españoles y extranjeros respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano:

«O, si se rehúye esta terminología que puede resultar equívoca, de aquellos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución, constituye el fundamento del orden político español. Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, por lo que no resultaría posible un tratamiento desigual respecto a los españoles» (FJ. 3º).

---

[160] Véase la Declaración 1/1992, de 1 de julio de 1992, en relación con la existencia o inexistencia de contradicción entre el arto J 3.2 de la CE y el art. 8 B, apartado 1, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, en la redacción que resultaría del art. G B. JO. del Tratado de la Unión Europea (BOE-T-1992-17448).

[161] En el mismo sentido, véase la STC 99/1985, de 30 de septiembre de 1985. Un análisis de la jurisprudencia constitucional sobre derechos de los extranjeros en España puede verse en VICENTE BLANCO, D.J., «Inmigración, derecho de extranjería y exclusión social: el modelo constitucional de derechos de los extranjeros en España» en AA.VV., *Voces Escondidas II. Estudio sobre la situación socio económica y laboral de la población inmigrante en Castilla y León*, Delta, Madrid, 2009, pp. 319-371.

De acuerdo con esta interpretación, la LOEX vino a consolidar este criterio interpretativo en su artículo 3, aunque como crítica a esta Ley, cabe apuntar que no aprovechó el legislador para hacer una enumeración clara y exhaustiva de los derechos que corresponden a los extranjeros, si bien en la mayor parte de los contemplados introduce la exigencia basada en el criterio de residencia legal para disfrutar de los mismos. Dicho artículo 3 dispone:

> «1. Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles.
>
> 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas».

Centrándonos en el tema objeto de estudio de este apartado, la libertad de circulación se reconoce en nuestra Constitución como un derecho fundamental en el artículo 19, esto es, en el entramado de derechos y libertades que corresponden tanto a españoles como a extranjeros. Sin embargo, se consagra en nuestra Constitución únicamente para los españoles, así como la elección de residencia, y de entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca.

El TC tuvo que pronunciarse nuevamente sobre si este derecho alcanzaba igualmente a los extranjeros, pero esta vez pronunciándose sobre la expulsión de extranjeros añadiendo otro matiz al señalar que «la decisión de expulsar o extrañar a una persona del territorio nacional, prohibiendo su regreso durante un período de tiempo, afecta directamente a la libertad de circulación que contempla dicho precepto constitucional»[162]. Si bien la dicción literal del art. 19 CE alude solo a los españoles, tal afirmación es insuficiente como argumento para defender que solo corresponde a los nacionales, ya que ese precepto no es el único que debe ser considerado[163]; junto a él, es

[162] STC 94/1993, de 22 de marzo, FJ. 2º.

[163] Véase la STC 94/1993, de 22 marzo de 1993, FJ 3º. Tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal enfatizan que el texto del art. 19 CE solamente alude a «los españoles». Ahora bien, la inexistencia de declaración constitucional que proclame directamente la libertad de circulación de las personas que no ostentan la nacionalidad española no es argumento bastante para considerar resuelto el problema, como ya se indicó respecto a una cuestión similar planteada por el principio de igualdad ex art. 14 CE en la STC 107/1984, FJ 3.º Además de una firme línea jurisprudencial del propio Tribunal Supremo, que se mantiene desde sus Sentencias de 25 de junio y 3 de julio de 1980.

preciso tener en cuenta otros que determinan la posición jurídica de los extranjeros en España, entre los que destaca el art. 13 de la Constitución, cuyo apartado 1 dispone que los extranjeros gozan en España de las libertades públicas que garantiza el Título I de la Constitución (y el 19 está comprendido en este Título), en los términos que establezcan los tratados y la ley, como se dijo previamente en las SSTC 107/1984, 99/1985 y 115/1987[164].

Por otro lado, el apartado 2 de este art. 13 solamente reserva a los españoles la titularidad de los derechos reconocidos en el art. 23 CE. Por consiguiente, resulta claro que los extranjeros pueden ser titulares de otros derechos fundamentales como el de residir y desplazarse libremente que recoge la Constitución en su art. 19.

Cuestión distinta es el alcance de la protección constitucional a los desplazamientos de extranjeros en España. En palabras del TC:

«La libertad de circulación a través de las fronteras del Estado y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano. De acuerdo con la doctrina sentada por la citada Sentencia, es pues lícito que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella»[165].

Por lo tanto, el legislador disfruta de amplia libertad a la hora de configurar los derechos de los nacionales de los distintos Estados, en cuanto a su entrada y permanencia en España. Sin embargo, dicha libertad no es absoluta. Así pues, los extranjeros que por disposición de una ley o de un tratado, o por autorización concedida por una autoridad competente, tienen derecho a residir en España, gozan de la protección que brinda el art. 19 CE, aun cuando no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles, sino en los que determinen las leyes y tratados a los que se remite el art. 13.1 CE[166].

Igualmente, las medidas que repercuten sobre la libre circulación de las personas deben fundarse en una Ley, y aplicarse de forma razonada y razonable[167]. La ley en la que se basaría este derecho de circulación es la referida LOEX, cuyo artículo 5 lo recoge sin más limitaciones que las establecidas con carácter general por los tratados y las leyes, o las acordadas por la autoridad judicial, contemplando la posibilidad de limitar cautelarmente este ejercicio siempre con las garantías constitucionales.

[164] Véanse la STC 107/1984, de 23 de noviembre de 1984, la STC 99/1985, de 30 de septiembre de 1985 y la STC 115/1987, de 7 de julio de 1987[164].
[165] Véase la STC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3º, citando expresamente el art. 10.1 CE y la STC 107/1984, de 23 de noviembre de 1984, FJ. 3º.
[166] *Ibid*.
[167] Véase la STC 85/1989, de 19 de mayo de 1989, FJ. 3º.

Esta obligación de legitimidad también se desprende de los instrumentos internacionales como el art. 13 PIDCP cuando insiste en que se requiere «una decisión adoptada conforme a la ley».

Por otro lado, en el artículo 10.2 CE se determina que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la DUDH y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. La citada DUDH, en su artículo 13, reconoce que toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Sin embargo, este derecho ha sido calificado por algunos autores como «programático»[168] ya que no existe ninguna norma internacional que obligue a los Estados a garantizar o imponer este derecho, por lo que cada Estado, en ejercicio de su propia soberanía, puede establecer los requisitos de acceso a su territorio que considere, aunque respetando lo dispuesto en los tratados y leyes.

Por último, en lo que respecta a los ciudadanos comunitarios, esta libertad de circulación se aplica por igual que a los españoles sin más restricciones que las que marque el orden público, seguridad o salud públicas, tal y como hemos apuntado en el apartado anterior. En lo que respecta a los ciudadanos extracomunitarios, estos tienen el derecho a circular libremente por el territorio español y a elegir su residencia, sin más limitaciones que las establecidas en los tratados internacionales, y las leyes o las acordadas por la autoridad judicial con carácter cautelar o en el proceso penal o de extradición en el que el extranjero tenga la condición de imputado, víctima o testigo o como consecuencia de sentencia firme[169].

En conclusión, en nuestro ordenamiento, los extranjeros que por disposición de una ley o de un tratado, o por autorización concedida por una autoridad competente, tienen derecho a residir en España, gozan de la protección que brinda el art. 19 CE, aun cuando no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles, sino en los que determinen las leyes y tratados a los que se remite el art. 13.1 CE.

Desde nuestro punto de vista, sería necesario avanzar hacia un sistema en el que la atribución de los derechos fundamentales no se haga depender de circunstancias como la nacionalidad, tal y como defienden autores como Atienza[170], o el propio Ferrajoli, cuando afirma que si queremos tomar en serio los derechos debemos desvincularlos de la condición de ciudadanía, algo que defienden desde Montesquieu a Kant[171].

---

[168] ABARCA JUNCO, A.P., *Inmigración y extranjería*. *Régimen jurídico básico*, Colex, 2010 (3ª ed.). p. 51.

[169] IMBRODA ORTIZ, B.J y RUIZ SUTIL, C. (coords.), *Memento Experto Extranjería*, Francis Lefebvre, Madrid, 2019, p. 19.

[170] ATIENZA, M., *Tras la justicia*, Ariel, Barcelona, 1993, pp. 236 y ss.

[171] FERRAJOLI, L., *Diritto e Ragione, (Teoría generale del garantismo penale), op.cit.*, pp. 950 y ss.

VIII. INFLUENCIA DEL COVID-19 EN LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN

A. La respuesta ante la pandemia

Las circunstancias de la pandemia de COVID-19 han marcado especialmente los años 2020, 2021 y principios de 2022, imponiendo restricciones sanitarias a todos los niveles y estableciendo controles especiales, cierres de fronteras y limitaciones de la libertad de circulación. Así, la declaración del estado de alarma, el 14 de marzo de 2020, produjo un impacto sobre las libertades de los ciudadanos, en concreto, sobre la libertad de circulación, siendo necesaria una razón justificada para hacerlo, según establecía el Real Decreto 463/2020[172]. A ello hay que añadir la aplicación de la LOSC para sancionar a ciudadanos que infringiesen las prohibiciones del estado de alarma.

Las medidas restrictivas de derechos adoptadas en esta pandemia perseguían la protección de derechos y bienes constitucionalmente protegidos, y la limitación del derecho de reunión y la libre circulación vendría motivada por la protección de los derechos a la salud, la vida y la integridad física, y por la protección de la salud pública (artículos 15 y 43 CE). Sin embargo, y sin ánimo de entrar a hacer una valoración exhaustiva, el TC vino a pronunciarse en varias ocasiones sobre tales medidas restrictivas[173]. En su primer pronunciamiento, la STC 148/2021, de 14 de julio de 2021, se declaraban inconstitucionales varios preceptos del Real Decreto 463/2020 por el que se aprobó el primer estado de alarma en España con motivo de la expansión del virus SARS-CoV2.

[172] Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

[173] Véanse la STC 148/2021, de 14 de julio de 2021, fruto del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados en relación con diversos preceptos del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modificó el anterior; los Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril, y 492/2020, de 24 de abril, por los que se prorrogó el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, y la Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecieron medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19 y la STC 183/2021, de 27 de octubre de 2021, fruto de otro recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados respecto de diversos preceptos del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2; la Resolución de 29 de octubre de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el citado real decreto, y el art. 2, la disposición transitoria única y la disposición final primera (apartados uno, dos y tres) distintos preceptos del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorrogó el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020.

En el segundo pronunciamiento, la STC 183/2021, de 27 de octubre de 2021, el TC declara nulos determinados preceptos del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el segundo estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2. Aquí realiza un nuevo análisis sobre la idoneidad de las medidas aplicadas que afectan al libre ejercicio de derechos fundamentales, entendiendo que:

«Una limitación de la circulación de las personas durante determinadas horas de la noche, en concreto desde las 23:00 hasta las 6:00 horas, debe reputarse como una medida adecuada para combatir aquella evolución negativa de la pandemia, toda vez que, de ese modo, se hizo frente a una situación de riesgo que había sido detectada como favorecedora de los contagios, la de los encuentros sociales producidos en aquellas horas de la noche del tiempo anterior al estado de alarma» (FJ. 4º).

A juicio del TC se considera la medida como «proporcionada a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y de interés general para la comunidad social como era el de la preservación de la vida (art. 15 CE) y de la salud pública (art. 43.2 CE)» (FJ. 4º). Sin embargo:

«A diferencia de lo acontecido en el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020 y prorrogado ulteriormente por sucesivas autorizaciones del Congreso, no quedó *de facto* interrumpido temporalmente el derecho de las personas a realizar movimientos para ir de un lugar a otro, pues (…) la totalidad de la población disponía de libertad para desplazarse dentro de su ámbito territorial (Comunidad Autónoma, ciudad con estatuto de autonomía o entidad territorial inferior) en horas que no fueran las del horario nocturno establecido» (FJ. 5º).

Por consiguiente, entiende el TC que el artículo 6 del RD 926/2020 no estableció una suspensión del ejercicio del derecho a la libertad de realizar desplazamientos de entrada y salida de aquellos ámbitos territoriales durante el estado de alarma. Más bien, se trató de unas limitaciones muy intensas a aquel ejercicio que restringieron, con carácter general, la libertad de las personas para entrar y salir, al poder hacerlo, únicamente, cuando justificaran adecuadamente la concurrencia de alguno de los motivos previstos en la norma citada.

Al mismo tiempo, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional, en este segundo pronunciamiento, la prórroga de 6 meses del segundo estado de alarma por entender que tuvo un carácter «no razonable o infundado» y declaró también inconstitucional la designación de autoridades competentes delegadas a las autonomías[174]. Finalmente, tras decaer la vigencia del último estado de alarma el 9 de

[174] Uno de los argumentos del TC fue que la prórroga se hizo sin saber qué medidas se iban a aplicar para combatir la pandemia, FJ. 8º.

mayo de 2021, el Gobierno aprobó un Decreto dejando en manos de los gobiernos autonómicos la toma de decisiones para frenar los contagios, dejando como árbitro al Tribunal Supremo para unificar doctrina. Sin embargo, las CCAA no han podido restringir derechos fundamentales al no estar amparadas por una norma clara y las medidas que han ido adoptando han corrido diferente suerte en los respectivos Tribunales Superiores de Justicia.

Conforme a los últimos datos disponibles, y como consecuencia de la pandemia, el año 2021 se vio marcado por el cierre de la frontera terrestre con Marruecos desde marzo de 2020[175]. Sin embargo, las llegadas de personas migrantes a Ceuta aumentaron en 2021, según cifras del Ministerio del Interior[176]. Estas cifras oficiales no incluyen las llegadas que tuvieron lugar el 17 y 18 de mayo. Se estima que solo en esos días pudieron entrar 14.000 personas (no hay cifras oficiales), debido a la falta de control en el puesto fronterizo del Tarajal por parte de Marruecos[177]. Del total, aproximadamente 1.300 eran menores. Quienes no fueron devueltos en el acto, fueron trasladados a las naves industriales próximas a la frontera, que habían servido hasta el momento para el aislamiento preventivo de migrantes llegados a la ciudad, como parte de las medidas sanitarias de prevención del COVID-19[178].

Entre esas personas llegaron algunas con necesidad de protección, cuyo acceso al procedimiento no fue fácil. Se dieron casos de personas que manifestaron su voluntad de pedir asilo sin ser oídas, encontrándose en situación de desamparo e incluso siendo devueltas a Marruecos. La llegada de personas migrantes a Melilla disminuyó un 23,27% en 2021 con respecto al año anterior[179]. Estando cerrada la frontera, todas las llegadas por vía terrestre se llevaron a cabo mediante saltos a la valla.

---

[175] CEAR, *Informe 2022: las personas refugiadas en España y Europa*, Madrid, 2022, pp. 90 y 91.

[176] 705 personas llegaron por vía terrestre (un aumento del 164%, respecto a 2020) y 605 por vía marítima (un 20% de aumento respecto a 2020). Los datos de Ceuta del Ministerio del Interior no recogen las llegadas que se produjeron el 17 y 18 de mayo. Disponible en http://www.interior.gob.es/prensa/balances-e-informes/2021 [consulta: 31-05-2023].

[177] Se llegó a permitir el acceso mediante la apertura de puertas en la propia valla, por las autoridades marroquíes.

[178] «Allí se juntaron niños y niñas con adultos, familias con menores, los que ya estaban cumpliendo cuarentena con los recién llegados, ante la falta de capacidad, de personal, y de medios suficientes para controlar la situación y para el abastecimiento de bienes de primera necesidad, entre otras. Las calles y parques se vieron también saturadas por las personas migrantes que vagaban por la ciudad. Otras, permanecieron escondidas por miedo a ser llevados a la frontera para su devolución». CEAR, *Informe 2022: las personas refugiadas en España y Europa*, Madrid, 2022, p. 91.

[179] MINISTERIO DEL INTERIOR, *Informe quincenal. Inmigración Irregular 2021. Datos acumulados del 1 de enero al 31 de diciembre*. Disponible en https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/prensa/balances-e-informes/2021/24_informe_quincenal_acumulado_01-01_al_31-12-2021.pdf

B. Principales consecuencias de la pandemia en el ámbito de la libertad de circulación para los extranjeros en España

1. Controles especiales y cierre de fronteras

Mediante la Orden INT/239/2020, de 16 de marzo, se restablecieron los controles en las fronteras interiores terrestres con motivo de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, como medida complementaria a las restricciones a la movilidad dentro del territorio español previstas en el Real Decreto 463/2020[180]. Dicha medida se adoptó en virtud del artículo 28 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras («Código de fronteras Schengen»), con la máxima duración permitida de diez días, lo que ha ido exigiendo una cascada de prórrogas a medida que continuaba la emergencia creada por la pandemia.

Por su parte, también los miembros del Consejo Europeo acordaron, el 17 de marzo de 2020, aplicar por un periodo de treinta días una restricción temporal de viajes no imprescindibles desde terceros países a la Unión Europea y países asociados Schengen, con el objeto de limitar la expansión del contagio del COVID-19. España aplicó este acuerdo mediante la Orden INT/270/2020, de 21 de marzo, por la que se establecían criterios para la aplicación de una restricción temporal de viajes no imprescindibles desde terceros países a la Unión Europea y países asociados Schengen por razones de orden público y salud pública, con motivo de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Desde entonces se han ido sucediendo normas, como las establecidas mediante las Órdenes INT/283/2020, de 25 de marzo; INT/335/2020, de 10 de abril; INT/368/2020, de 24 de abril, e INT/396/2020, de 8 de mayo, que prorrogaron dichos controles en las fronteras interiores terrestre, tomando como base los artículos 25 y 27 del Código de fronteras Schengen. La Orden INT/401/2020, de 11 de mayo, por la que se restablecieron temporalmente los controles en las fronteras interiores aéreas y marítimas, con motivo de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, ampliaba el restablecimiento de controles a las restantes fronteras interiores, de igual forma hasta mayo de 2020[181].

---

[180] Un examen somero de las medidas adoptadas puede verse en VICENTE BLANCO, D.J., "Medidas de excepción adoptadas en las normas del estado de alarma por causa de la pandemia COVID-19 y sus efectos en los contratos internacionales", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº. 26, 2020.

[181] Posteriormente, la Orden INT/409/2020, de 14 de mayo, por la que se prorrogan los criterios para la aplicación de una restricción temporal de viajes no imprescindibles desde terceros países a la Unión Europea y países asociados Schengen por razones de orden público y salud pública con motivo de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; la Orden SND/421/2020, de 18 de mayo, por la que se adoptan medidas relativas a la prórroga de las autorizaciones de estancia y residencia y/o trabajo y a otras situaciones de los extranjeros en España, en aplicación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada

Posteriormente se han venido aprobando nuevas medidas, como la Orden INT/657/2020, de 17 de julio, por la que se modifican los criterios para la aplicación de una restricción temporal de viajes no imprescindibles desde terceros países a la Unión Europea y países asociados Schengen por razones de orden público y salud pública con motivo de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, modificada desde entonces en tanto la pandemia no ha sido controlada[182], siendo la más reciente a fecha de cierre de este trabajo la Orden INT/372/2022, de 29 de abril, por la que se prorroga la eficacia de la Orden INT/657/2020 hasta las 24:00 horas del 15 de mayo de 2022.

Por su parte, los efectos de la Orden INT/657/2020 finalizan el 30 de abril de 2022, por lo que, al no haber variado la Recomendación del Consejo, procede prorrogar sus efectos. En esta ocasión, el periodo de prórroga será de sólo 15 días, mientras se terminan de definir las condiciones de reapertura ordenada y progresiva de los puestos terrestres habilitados para la entrada y la salida de España a través de las ciudades de Ceuta y Melilla, sin perjuicio de la posibilidad de modificar cualquiera de los artículos, antes de ese plazo, si las circunstancias variasen. A ello se han unido además restricciones especiales con países concretos[183].

por el COVID-19; la Orden SND/521/2020, de 13 de junio, por la que se prorrogan los criterios para la aplicación de una restricción temporal de viajes no imprescindibles desde terceros países a la Unión Europea y países asociados Schengen por razones de orden público y salud pública con motivo de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; la Orden INT/551/2020, de 21 de junio, por la que se prorrogan los criterios para la aplicación de una restricción temporal de viajes no imprescindibles desde terceros países a la Unión Europea y países asociados Schengen por razones de orden público y salud pública con motivo de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

[182] Modificada por la Orden INT/734/2020, de 30 de julio; por la Orden INT/805/2020, de 28 de agosto; por la Orden INT/851/2020, de 14 de septiembre; por la Orden INT/913/2020, de 29 de septiembre; por la Orden INT/1006/2020, de 29 de octubre; por la Orden INT/1119/2020, de 27 de noviembre; por la Orden INT/1278/2020, de 29 de diciembre; por la Orden INT/62/2021, de 28 de enero; por la Orden INT/161/2021, de 24 de febrero y por la Orden INT/294/2021, de 26 de marzo.

[183] Véanse la Orden PCM/79/2021, de 2 de febrero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de febrero de 2021, por el que se establecen medidas excepcionales para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19, mediante la limitación de los vuelos entre la República Federativa de Brasil y la República de Sudáfrica y los aeropuertos españoles, modificada por la Orden PCM/118/2021, de 11 de febrero; por la Orden PCM/164/2021, de 24 de febrero; por la Orden PCM/222/2021, de 10 de marzo; por la Orden PCM/284/2021, de 24 de marzo; por la Orden PCM/324/2021, de 7 de abril; y por la Orden PCM/378/2021, de 22 de abril y la Orden INT/68/2021, de 29 de enero, por la que se restablecen los controles en la frontera interior terrestre con Portugal con motivo de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, modificada por la Orden INT/98/2021, de 8 de febrero; por la Orden INT/162/2021, de 25 de febrero; por la Orden INT/230/2021, de 13 de marzo; por la Orden INT/316/2021, de 1 de abril y por la Orden INT/361/2021, de 15 de abril.

2. *Empeoramiento de la situación general en el ámbito de extranjería por la pandemia*

En un Informe realizado por el Defensor del Pueblo sobre la influencia de la pandemia, se contemplaba un apartado sobre el ámbito de extranjería[184], donde se reflejaba el incremento de llegadas irregulares de personas extranjeras, que se producen de manera invariable desde hace ya más de treinta años, lo que ha puesto de relieve, aún más si cabe, con la situación de alerta sanitaria, las carencias estructurales, que van perpetuándose con el paso del tiempo y que deberían ser corregidas. Así se señalaban los siguientes ámbitos especialmente afectados durante la pandemia:

a) Situación del CETI de Melilla

La situación del CETI de Melilla empeoró gravemente en 2020. El 7 de mayo de dicho año, el Defensor del Pueblo formuló una Recomendación urgente al Ministro del Interior, a fin de facilitar los traslados a la península de los residentes de este centro, solicitantes de protección internacional y en situación de especial vulnerabilidad, tales como personas enfermas y de riesgo frente a la COVID-19, familias con menores y mujeres con un perfil altamente vulnerable[185].

Ante la saturación del CETI y el grave riesgo para la salud por las condiciones de hacinamiento, la Secretaría de Estado de Migraciones no ha vuelto a autorizar nuevas entradas en el centro desde el pasado mes de marzo. Se recibieron numerosas quejas por sus deficientes condiciones y por la permanencia en ellos tanto de solicitantes de protección internacional como de ex tutelados que acaban de alcanzar la mayoría de edad. Las quejas siguen y las actuaciones aún continúan abiertas.

b) Centros de internamiento de extranjeros (CIE)

Tras la declaración del estado de alarma, se recibieron numerosas quejas solicitando la intervención del Defensor del Pueblo para la puesta en libertad de los internos, a la vista de la imposibilidad de proceder a su expulsión. Todos los internos que se encontraban en los CIE durante el estado de alarma fueron puestos en libertad, bien por orden judicial, por imposibilidad de proceder a su expulsión o por haber finalizado el período de internamiento.

c) Demoras en la asignación de citas de extranjería en trámites competencia de la Dirección General de la Policía

---

[184] DEFENSOR DEL PUEBLO, *Actuaciones ante la pandemia de covid-19*, Madrid, 2020, pp. 170 y ss.

[185] DEFENSOR DEL PUEBLO, "Traslado a la península de los residentes solicitantes de asilo y en situación de especial vulnerabilidad del CETI de Melilla, ante el COVID-19", Recomendación urgente, Queja número: 20005416 Queja número: 20005416, 07/05/2020, en https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/traslado-del-ceti-de-melilla-a-la-peninsula-de-los-residentes-solicitantes-de-asilo-y-en-situacion-de-especial-vulnerabilidad-como-personas-de-riesgo-frente-a-la-covid-19-familias-con-menores-y-muj/#

Durante el estado de alarma, la Dirección General de Migraciones de la Secretaría de Estado de Migraciones dictó varias instrucciones que pretendían otorgar seguridad jurídica a los extranjeros residentes en España y, por otro lado, paliar los previsibles retrasos que, una vez finalizado dicho estado de alarma, se producirían en la tramitación de la renovación de los distintos procedimientos que regulan la residencia legal de estos ciudadanos, que, según los últimos datos disponibles, son más de 6 millones de personas[186].

El régimen jurídico aplicable al 60 % de estas personas no está sujeto al régimen general de autorizaciones administrativas de extranjería, ya que se les aplica el régimen de libre circulación de la Unión Europea. El 40% restante, al que sí que se aplica el régimen general de extranjería, está ya en un 80% de los casos como residentes de larga duración[187]. Por lo que, una vez adquirido el derecho a residir en el país, tan solo han de renovar su tarjeta de identidad de extranjero (TIE) en la comisaría de policía de su lugar de residencia. Sin embargo, la Dirección General de la Policía no ha adoptado medidas suficientes para gestionar el exponencial incremento de demandas de citas previas por parte de los ciudadanos extranjeros que tienen sus TIE caducadas, o que necesitan realizar el trámite de toma de huellas para continuar con la tramitación de su documentación. Entre otras consecuencias, recordamos que puede conllevar la pérdida del empleo, el bloqueo de cuentas bancarias o la imposibilidad de acceso a ayudas públicas.

Por tanto, cabe concluir que la pandemia ha supuesto peores consecuencias para las personas extranjeras que para los nacionales, ya que, más allá de las repercusiones comunes en la salud pública, ha comportado mayores restricciones en muchos casos a la libertad de circulación además de otras consecuencias añadidas a las que nos hemos referido.

[186] Véanse las estadísticas del Ministerio de Inclusión, Segurirdad Social y Migraciones.
[187] *Ibid*.

CAPÍTULO II

LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS Y SU REGULACIÓN EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

«*¿Debe pensarse solo en el bien de la patria, cuando se trata del bien del género humano?*»

Nagel

I. INTRODUCCIÓN

Una vez delimitado en el Capítulo anterior el derecho a la libertad de circulación y el ámbito subjetivo, esto es, qué se entiende por nacional y extranjero, principalmente a los efectos que interesan a este trabajo, es preciso ir avanzando hacia el objeto central de este estudio, cual es la falta de regulación internacional en la expulsión de extranjeros, recalando en primer lugar, en el concepto de qué se entiende por expulsión y qué otras figuras afines son aplicadas con el mismo fin. En numerosas ocasiones, se utilizan indistintamente términos como expulsión, devolución, deportación, alejamiento u otros conceptos que vamos a delimitar en este Capítulo.

Tras el análisis de las distintas figuras referidas, estudiaremos la relación entre expulsión y nacionalidad para, seguidamente, centrarnos en su regulación en el ámbito internacional y en cómo otros instrumentos internacionales del ámbito de los derechos humanos que protegen frente a la discriminación pueden, a su vez, actuar como límites a la capacidad de los Estados de expulsar a las personas extranjeras.

II. CONCEPTO DE EXPULSIÓN Y OTRAS FORMAS DE SALIDA FORZOSA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

A. Expulsión

Aunque el concepto de «expulsión» en el Derecho internacional lo estudiaremos en detalle más adelante al analizar el ámbito objetivo del proyecto de articulado de 2014 de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI)[188], así como la regulación en nuestro ordenamiento para diferenciarlo de otras figuras similares, baste

[188] Organismo creado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1947 con el objetivo de codificar y promocionar el Derecho internacional.

ahora señalar como adelanto que se le otorga generalmente un sentido amplio e impreciso para designar un conjunto de medidas o de hechos cuya finalidad o efecto es obligar a una persona a abandonar el territorio de un Estado.

Asimismo, vamos a apuntar ya un elemento esencial, y es que la expulsión se concibe tradicionalmente en relación con un espacio territorial determinado, aunque, en aras de la precisión, es necesario poner este concepto en relación con todos los lugares donde el Estado que expulsa ejerce su soberanía. Con ello, iríamos más allá de la estricta referencia territorial, sin obviar la trascendencia que supone el cruce de la frontera del territorio del Estado en el proceso de expulsión, tal y como se verá en varios casos a lo largo de este trabajo.

B. Deportación

El término «deportación», como afirma el Relator Especial de la CDI, Maurice Kamto, tiene una connotación histórica, especialmente ligada a la Segunda Guerra Mundial y en un contexto del Derecho de la guerra, ya que se ha entendido por tal un desplazamiento forzado de personas o grupos de poblaciones civiles (que son las personas protegidas en los términos de los Convenios de Ginebra de 1949) hacia el exterior de un territorio ocupado[189]. Cabe recordar, a este respecto, el artículo 6 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg[190] cuando menciona, entre los actos que conllevan la responsabilidad individual de sus autores, «la deportación para realizar trabajos forzados o con cualquier otro fin de las poblaciones civiles en los territorios ocupados». Igualmente, el Consejo de Seguridad expresó en 1992 su profunda alarma ante los informes sobre la deportación y expulsión forzosas y masivas de civiles dentro del territorio de la ex Yugoslavia y, particularmente, en Bosnia y Herzegovina.

Fuera de este contexto histórico y del ámbito del Derecho de la guerra, el término «deportación» no se utiliza de manera uniforme en el Derecho internacional, aunque los términos «deportación» y «expulsión» se emplean indistintamente en la práctica angloamericana, a pesar de que existe una diferencia entre los dos procedimientos. Así, en Derecho internacional se hace una distinción entre la deportación, que significa la potestad del Estado de enviar a un extranjero bajo coacción a cualquier país que elija el Estado que deporta, mientras que la expulsión significa que el extranjero es obligado a salir del territorio del Estado que expulsa con destino al Estado del que sea natural el expulsado. Por lo tanto, el Relator Especial propone que se asigne a la expresión «deportación», el sentido que tiene en el Derecho de la guerra, tal como se recordó anteriormente, y que su uso se limite a ese contexto[191].

[189] KAMTO, M., *Segundo informe sobre la expulsión de extranjeros*, *op. cit*., p. 261.
[190] Contenido en el Acuerdo de Londres concerniente al juicio y castigo de los principales criminales de guerra de las Potencias del Eje europeo, de 8 de agosto de 1945.
[191] KAMTO, M., *Segundo informe sobre la expulsión de extranjeros*, *op. cit*., p. 262.

C. Extradición

La extradición es un medio establecido de cooperación judicial entre Estados. Es un mecanismo jurídico en virtud del cual un Estado, llamado «Estado requerido», entrega voluntariamente a una persona (que debe someterse a la justicia) que se encuentra en su territorio a otro Estado, llamado «Estado requirente», a solicitud de este último, que lo reclama a los efectos de un proceso judicial o para la ejecución de una pena. A diferencia de la expulsión, la extradición no es una decisión unilateral de un Estado, sino la respuesta del Estado requerido a una petición del Estado requirente[192].

Su fundamento jurídico no se encuentra íntegramente en el orden jurídico interno del Estado que concede la extradición, como sucede en el caso de la expulsión y que se basa en el Derecho interno del Estado que expulsa; su fundamento se encuentra generalmente en una combinación de las legislaciones nacionales de los Estados involucrados en la extradición y en instrumentos jurídicos internacionales de carácter bilateral o multilateral, apoyándose en el principio de la reciprocidad[193].

Así, según el artículo 1 del Convenio Europeo de Extradición, del 13 de diciembre de 1957[194], las Partes contratantes:

> «Se comprometen a entregarse recíprocamente, conforme a las reglas y en las condiciones establecidas en los artículos siguientes, a las personas requeridas o buscadas por las autoridades judiciales de la Parte requirente por haber cometido una infracción o para hacerles cumplir una pena o una medida de seguridad».

Cuando la obligación de extraditar no es de carácter convencional ni consuetudinario, la decisión de proceder o no a la extradición depende del poder soberano del Estado requerido. Pero es siempre en respuesta a una petición del Estado requirente; un Estado no puede extraditar *motu proprio*. En cambio, puede negarse a acceder a tal petición, sobre todo cuando se trata de sus nacionales[195].

D. Alejamiento

El alejamiento es un término genérico que abarca las diversas formas o procedimientos de exclusión de un extranjero de un país determinado. El Relator Especial

---

[192] *Ibid.*, pp. 262-263.
[193] *Ibid*.
[194] El Convenio Europeo de Extradición, firmado en París el 13 de diciembre de 1957, entró en vigor en 1960 y fue ratificado por España el 21 de abril de 1982.
[195] En relación con la Providencia de 14 de abril de 1992 del TIJ, caso *Lockerbie*, cuatro magistrados de la Corte, en una declaración conjunta, se expresaron en los siguientes términos: «1. Antes de que el Consejo de Seguridad interviniera en este asunto, la situación jurídica era, a nuestro entender, clara. Los Estados Unidos y el Reino Unido estaban en su derecho de pedirle a Libia la extradición de los dos naturales libios acusados por las autoridades estadounidenses y británicas de haber contribuido a la destrucción del avión desaparecido en el incidente de Lockerbie. Podían a esos efectos entablar cualquier acción conforme al Derecho internacional. Libia, por su parte, estaba en su derecho de rechazar el pedido de extradición y recordar en tal sentido que su Derecho interno, como el de muchos otros países, prohíbe la extradición de los nacionales. 2. En lo que respecta al Derecho internacional general, la extradición es, en efecto, una decisión soberana del Estado requerido que no está nunca obligado a tomar».

Maurice Kamto, en su *Segundo informe sobre la expulsión de extranjeros*, destaca que no se trata de un término jurídico propiamente dicho, a pesar de su uso corriente en la bibliografía jurídica francesa referida a la expulsión de los extranjeros, donde el término «alejamiento» comprende tanto la «expulsión» como lo que el Derecho francés llama, la «conducción a la frontera»[196].

La propuesta formulada por el Relator Especial en el *Informe preliminar sobre la expulsión de extranjeros* –y finalmente, aprobada– fue conservar el término «expulsión» en una acepción amplia que abarcase las medidas de «alejamiento»[197]. Precisamente, ese concepto amplio de expulsión es al que nos referimos también en este trabajo.

E. Conducción a la frontera

Como hemos señalado, esta expresión se encuentra consagrada legalmente en la normativa francesa, distinguiendo entre la expulsión y la conducción a la frontera. Así, mientras el término «expulsión» se aplica al alejamiento de un extranjero, ya se encuentre en situación regular o irregular, cuya presencia en territorio francés constituya una amenaza grave para el orden público, la expresión «conducción a la frontera» se aplica a las medidas de alejamiento de extranjeros en situación irregular respecto de la legislación relativa a la política de extranjería[198].

En definitiva, se trata en ambos casos de medidas de «alejamiento» del extranjero del territorio que se reducen a una cuestión de procedimiento y de efectos jurídicos. Conviene pues, por lo menos a los fines del presente tema, no oponer expulsión a conducción a la frontera, término que también se utiliza en otros sistemas, sino considerar que esta última forma parte de las medidas de expulsión en sentido amplio[199].

---

[196] Véase, por ejemplo, D'HAËM, «La reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière», *Revue française de sociologie*, vol. 38, núm. 4, 1997. El autor se refiere en particular al consenso que existe en Francia desde 1981 sobre un procedimiento especial que permite «el alejamiento del territorio francés de extranjeros que han entrado en dicho territorio o permanecido en él en condiciones irregulares» (p.3), a la conducción a la frontera como un «tipo de alejamiento» que tiene solamente un efecto temporal (p.4), al «alejamiento efectivo de un extranjero 'clandestino'» (p.4), e incluso a los «extranjeros en trámite de alejamiento» (p.5). Véase, asimismo, TEITGEN-COLLY, C y JULIEN-LAFERRIÈRE, J, «Chronique de législation: étrangers», *L'actualité juridique. Droit administratif*, núm. 11, 1998, pp. 927 a 929, y LOCHAK, D. «L'entrée et le séjour des étrangers en France: une législation sous influence», *L'actualité juridique. Droit administratif*, núm. 10, 1989, p. 595.

[197] KAMTO, M., *Segundo informe sobre la expulsión de extranjeros*, *op. cit*., p. 263.

[198] Al igual que la expulsión en el sentido estricto que le asigna la legislación francesa, la conducción a la frontera es ordenada por una resolución, pero con la única diferencia de que emana del Comisionado de la República y no del Ministro del Interior. A diferencia de la expulsión *stricto sensu*, el extranjero que es conducido a la frontera no se beneficia del procedimiento ante la Comisión, pero puede regresar a Francia, mientras que el expulsado debe esperar a que se revoque la resolución pertinente. Sin embargo, esta distinción no es tan clara en la medida en que la conducción a la frontera se consideraba un simple método de ejecución forzosa de las medidas de expulsión.

[199] KAMTO, M., *Segundo informe sobre la expulsión de extranjeros*, *op. cit*., p. 264.

F. Devolución

Se ha defendido que la devolución se aplica a todos los extranjeros en situación irregular que llegan de manera clandestina, mientras que la expulsión se aplica a todos los extranjeros en situación regular, a los solicitantes de asilo o refugio, o bien a las personas en situación irregular que están desde hace mucho tiempo en el territorio del Estado que expulsa. Según sostiene Maurice Kamto, «este razonamiento podría incluso encontrar cierto apoyo en la nota del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados sobre la protección internacional, del 9 de agosto de 1984, según la cual el respeto del principio de *non refoulement* está íntimamente ligado a la determinación de la condición de refugiado»[200]. Asimismo, considerando el título del artículo 33: «Prohibición de expulsión y devolución (*refoulement*)», la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 está distinguiendo ya claramente entre los dos términos[201].

También se ha concebido la expulsión como medida de protección del orden social, a la que solo se debe recurrir cuando la presencia de un extranjero en el territorio constituye una amenaza grave para el orden público, mientras que la devolución se ha considerado como una medida de alejamiento de un extranjero en situación irregular. En todo caso, la doctrina no es unánime a este respecto y la aclaración terminológica dista mucho de ser satisfactoria. Así, por ejemplo, y volviendo al ejemplo francés, se ha dicho que la Ley francesa del 9 de enero de 1980, relativa a la prevención de la inmigración clandestina, reducía las obligaciones de Francia en virtud de los convenios internacionales pertinentes «a una simple prohibición de devolución o de expulsión hacia un territorio donde la vida o la libertad de los interesados estuviera amenazada»[202].

Como puede verse, entre las expresiones «expulsión», «conducción a la frontera» y «devolución»[203] no existe en realidad una clara distinción en todos los ámbitos; los tres términos se utilizan, en ocasiones, de manera intercambiable, sin ningún rigor semántico particular. Por lo tanto, en el marco internacional la palabra «expulsión» se usará como un término genérico que comprende todas las situaciones a las que se refieren estas expresiones, salvo cuando tratemos las diferencias que contempla nuestra legislación, donde ambas figuras están perfectamente delimitadas, tal y como veremos en la tercera parte de este trabajo dedicada a la normativa española en materia de expulsión de extranjeros.

---

[200] *Ibid.*, p. 264.

[201] Véanse, asimismo, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 3); la Declaración sobre el Asilo Territorial de las Naciones Unidas de 1967, adoptada en la Resolución 2312 (XXII) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1967 (art. 3, párr. 1); la Convención de la OUA que regula los aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África (art. II, párr. 3), y la CADH (art. 22, párr. 8).

[202] TURPIN, D., «Les nouvelles conditions de l'expulsion des réfugiés», *Revue française de droit administratif*, vol. 2, núm. 2, p. 140.

[203] Encontramos esta expresión, por ejemplo, en las conclusiones del Comisionado del Gobierno, Ronny Abraham en la Decisión de la Asamblea del Consejo de Estado francés de 13 de diciembre de 1991, *M. Nkodia (Alfonso) y Préfet de l'Hérault c. M. Dakoury*, *Revue française de droit administratif*, 1992, p. 93, junto a la expresión «conducción a la frontera» (p. 90). Véase, asimismo, D'HAËM, «La reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière», *op.cit.*, p. 111.

G. No admisión

En el ámbito internacional, es una premisa consagrada la potestad de cada Estado como soberano y por tanto libre de denegar el acceso a su territorio a cualquier extranjero, tal y como se afirma en el preámbulo de las Reglas internacionales sobre la admisión y la expulsión de extranjeros aprobadas por el Instituto de Derecho Internacional (IDI) el 9 de septiembre de 1892, de forma que «para cada Estado, el derecho de admitir o no admitir extranjeros en su territorio, o de admitirlos solo en forma condicional, o de expulsarlos, es una consecuencia lógica de su independencia»[204]. Este derecho soberano del Estado a oponerse a que penetren en su territorio extranjeros que no reúnan las condiciones exigidas por la legislación relativa a la entrada y permanencia es válido, incluso, respecto de los extranjeros que hayan presentado una solicitud de acceso al estatuto de los refugiados pero que se encuentren aún en la zona internacional y en los lugares de detención de los aspirantes a la admisión en el territorio. El criterio de cruce de la frontera o de entrada en el territorio es importante para distinguir la no admisión de la expulsión en sentido amplio, ya que, según el Relator Especial, el extranjero que ha franqueado las barreras de control de las autoridades de inmigración y que se encuentra en el territorio del Estado de «acogida», fuera de las zonas especiales de detención de los aspirantes a la admisión, solo puede ser objeto de expulsión, y no ya de no admisión.

El rechazo de la admisión puede consistir en una decisión expresa de las autoridades competentes del Estado de no admisión, o en la denegación del visado, que es una condición necesaria pero no suficiente para acceder al territorio de la mayoría de los Estados. En general, las autoridades diplomáticas y consulares tienen la facultad discrecional de rechazar o de otorgar una visa a cualquier extranjero que la solicite[205]. En este caso estamos fuera del ámbito de aplicación de la expulsión, incluso entendida en una acepción amplia. Veremos más en detalle esta figura al estudiar la legislación española.

H. Traslado, transferencia, entrega

El traslado o la transferencia de personas describe, al igual que la expulsión, el movimiento forzoso de individuos de un Estado hacia el extranjero, es decir, fuera de las fronteras de ese Estado. Es una decisión soberana del Estado que expulsa basada en procedimientos jurídicos internos, por lo que también se distingue de la extradición, que, como ya vimos, es una institución especial que combina normas del Derecho interno con normas del Derecho internacional convencional o consuetudinario. El traslado consiste

[204] «Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers» en IDI, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. XII, 1892-1894, Sesión de Ginebra. En dicho texto se proclama, además: «Considerando sin embargo que la humanidad y la justicia obligan a los Estados a no ejercer ese derecho si no es respetando, en la medida en que sea compatible con su propia seguridad, los derechos y la libertad de los extranjeros que deseen entrar en su territorio o que ya se encuentren en él».

[205] Véase, por ejemplo, CHALTIEL, F., «Le juge administratif, juge de l'immigration», *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 116, 2000, p. 168 y, en el mismo sentido, el Fallo del Consejo de Estado francés de 28 de febrero de 1986, *Ngako Jeuga*, Collection Lebon, París, Sirey, 1986, p. 49.

técnicamente en poner a una persona a disposición de las autoridades jurisdiccionales de un Estado extranjero o de una jurisdicción internacional que lo requiere para que comparezca, declare como testigo, o incluso para que colabore en una investigación. En principio, un procedimiento de esta índole se basa en un convenio internacional que impone a todos los Estados partes la obligación del traslado[206].

En este sentido, el Tratado modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales aprobado por la Asamblea General en 1990 preveía la posibilidad de trasladar al detenido al Estado requirente en la medida en que el detenido y el Estado requerido consintieran en ello y siempre que lo permitiera la legislación de este último[207]. En lo que respecta a los instrumentos jurídicos internacionales relativos a las jurisdicciones penales, el traslado es realizado por un Estado al Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991, o al Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y de los ciudadanos ruandeses presuntamente responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza. Las normas procesales y probatorias del Reglamento del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia prevén que el Tribunal pueda requerir el traslado de un sospechoso o de un testigo[208]. Por su parte, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional utiliza el término «entrega» para calificar el hecho de que un Estado transfiera a una persona al Tribunal[209]. Cabe recordar que, en el proyecto de Estatuto de una Corte Penal Internacional, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en 1994, la expresión «entrega del imputado al Tribunal» se utiliza para abarcar todos los casos en los que se pone a un acusado a disposición del Tribunal para que sea juzgado[210].

Se han observado también a este respecto algunas desviaciones en la práctica del traslado, como el «traslado extrajudicial» de personas detenidas en un país extranjero y conducidas a los Estados Unidos para ser sometidas a la justicia penal, lo que ha aumentado a raíz de la lucha contra el terrorismo internacional, en la que adopta la forma de lo que se ha dado en llamar el «traslado extraordinario», variante del «traslado extrajudicial», con el cual tiene algunas diferencias. Es innegable que en los dos casos los tribunales estadounidenses tienden a pasar por alto las circunstancias de la detención. Sin embargo, en el caso del traslado extrajudicial «clásico», desde su llegada a los Estados Unidos los sospechosos son sometidos a los procedimientos normales aplicables a las causas penales, mientras que en el «traslado extraordinario» no hay ninguna norma, se cae en un ámbito totalmente extrajurídico: el individuo detenido, generalmente por sospechas de terrorismo, es mantenido en secreto y no goza de ningún derecho. La Corte

[206] KAMTO, M., *Segundo informe sobre la expulsión de extranjeros*, *op. cit*., p. 265.
[207] Véase la Resolución de la AGNU de 14 de diciembre de 1990, A/RES/45/117, art. 13, párr. 1.
[208] Véanse, en global, las Reglas de procedimiento y evidencia del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia de la ONU de 13 de junio de 2006, documento IT/32/Rev.38.
[209] Véase el Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda, que figura como anexo de la resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad.
[210] KAMTO, M., *Segundo informe sobre la expulsión de extranjeros*, *op. cit*., p. 266.

Suprema de los Estados Unidos ha exigido a este respecto el retorno a la legalidad, en relación con el caso de ciertas personas detenidas en Guantánamo[211].

En definitiva, el traslado no entra en el ámbito de la expulsión en el sentido del presente tema: por una parte, porque su fundamento está totalmente arraigado en el orden jurídico internacional, a diferencia de la expulsión[212]. Por otra parte, no hay que olvidar que el traslado se aplica tanto a los naturales del Estado que entrega como a los extranjeros residentes en su territorio, mientras que la expulsión solo se refiere a los extranjeros, ya que el principio ampliamente aceptado es la no expulsión por un Estado de sus propios naturales.

III. RELACIÓN ENTRE NACIONALIDAD Y EXPULSIÓN

A. La prohibición de expulsión de nacionales en el Derecho internacional

La nacionalidad supone, entre otros, y a los efectos de este trabajo, un derecho que otorga la posibilidad de entrar y salir del país cuya nacionalidad se ostenta, así como la imposibilidad de ser expulsado del propio país, tal y como se desprende ya desde el art. 13 de la DUDH. Anteriormente, el IDI, en el marco de las citadas Reglas internacionales sobre la admisión y la expulsión de extranjeros de 1892, dispuso en el artículo 2 que «en principio, un Estado no debe prohibir el acceso o la permanencia en su territorio a sus súbditos ni a quienes, tras haber perdido la nacionalidad de ese Estado, no hayan adquirido ninguna otra».

En este mismo sentido se ha reconocido tal concepto en instrumentos internacionales vinculantes como el artículo 3 del Protocolo n. º 4 al CEDH[213], según el cual «nadie puede ser expulsado, en virtud de una medida individual o colectiva, del territorio del Estado del cual sea nacional».

---

[211] La Corte Suprema de los Estados Unidos, en una sentencia de 29 de junio de 2006, declaró inconstitucionales los tribunales militares constituidos para juzgar a los prisioneros de Guantánamo y recomendó al Presidente George W. Bush que colaborara con el Congreso para encontrar una solución sustitutiva. En un memorando de fecha 7 de julio de 2006, el Subsecretario de Defensa, Gordon England, destacó que la Corte Suprema había establecido que el artículo 3, común a los cuatro Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra de 1949, «se aplica (…) al conflicto con Al-Qaida» y, por ende, a los detenidos de Guantánamo. Véase LE MONDE, «Washington respectera les conventions de Genève sur le traitement des détenus de Guantanamo», *Le Monde*, 13 de julio de 2006. Disponible en https://www.lemonde.fr/ameriques/article/2006/07/12/washington-respectera-les-conventions-de-geneve-sur-le-traitement-des-detenus-de-guantanamo_794621_3222.html [consulta: 31-05-2023].

[212] KAMTO, M., *Segundo informe sobre la expulsión de extranjeros*, *op. cit.*, p. 266.

[213] El Protocolo n.º 4 al CEDH reconoce ciertos derechos y libertades además de los que ya figuran en el Convenio y en el Protocolo Adicional al Convenio (Estrasburgo, 16 de septiembre de 1963). Dicho Protocolo entró en vigor de forma general el 2 de mayo de 1968 y para España el 16 de septiembre de 2009.

Por su parte, el art. 22.5 de la CADH establece que «nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional ni ser privado del derecho de ingresar en el mismo». A modo de ejemplo, cabe recordar que la CIDH observó la violación de esta disposición en la causa relativa a la expulsión de ciudadanos haitianos de la República Dominicana, donde los expulsados, que trabajaban en la zafra de azúcar, fueron objeto deportaciones indiscriminadas lo que, en muchos casos, conllevó la expulsión de personas nacidas en la República Dominicana y que, por consiguiente, tenían la nacionalidad de ese país[214].

Tal prohibición también puede deducirse *sensu contrario* del párrafo 4 del artículo 12 del PIDCP[215], cuando establece que no puede prohibirse a nadie la entrada en el propio país, y del mismo modo que se contempla esta regla en el párrafo 2 del artículo 12 de la CADHP.

Todo ello significa, por una parte, la posibilidad de ser expulsado de otro país que no sea el propio, así como también la capacidad de poner límites y restricciones para la entrada en el resto de países, pero no en el propio, ya que de lo contrario se estaría empujando al nacional a una situación de apatridia[216]. Por tanto, solo los que no sean nacionales, esto es, los extranjeros podrán ser expulsados ya que un nacional tiene el derecho a permanecer en su Estado de origen.

Por otro lado, aunque no corresponde al Derecho internacional establecer las condiciones de acceso a la nacionalidad –ámbito que entra dentro de las competencias de cada Estado–, sí le concierne resolver los problemas de conflictos de nacionalidad a partir de criterios propios del Derecho internacional[217], tal y como ha reflejado la jurisprudencia arbitral y la doctrina, inspirando, a su vez, a la Corte Permanente de Justicia Internacional[218] y más claramente aún a la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia (TIJ)[219]. Al establecer los criterios que permiten determinar, en caso de conflicto, quién es nacional de cada Estado, el Derecho internacional crea también las condiciones de aplicación del principio que prohíbe a los Estados expulsar a sus propios nacionales.

La problemática más común que se ha planteado es el caso de que varias legislaciones atribuyan nacionalidades diferentes a una misma persona. Así sucedió en el caso *Arata*, donde el árbitro asignado, el Sr. Uribarri, afirmó:

«Lo más probable es que, cuando las leyes de dos Estados atribuyen a una misma persona una nacionalidad diferente, los tribunales de cada uno de esos Estados apliquen su propia ley: no

[214] Véase el Informe de progreso de la Relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias (secc. II a), párr. 9) en CIDH, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999*, OEA/Ser.L/V/II.106 doc. 6 rev, 13 de abril de 2000, cap. VI.

[215] El párrafo 4 del artículo 12 citado dispone: «Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país».

[216] Véase KAMTO, M., *Tercer informe sobre la expulsión de extranjeros*, *op.cit*, párr. 56.

[217] *Ibid.*, p. 13.

[218] Véase, en particular, CPJI, *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco*, Opinión consultiva de 7 de febrero de 1923, *P.C.I.J. Reports 1923*, serie B, n.º 4.

[219] Sentencia del TIJ de 6 de abril de 1955, *Caso Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*.

obstante, no sucede así cuando la cuestión se plantea ante un tribunal arbitral, que decide conforme a los principios del Derecho internacional»[220].

Precisamente, eso fue lo que hizo el tribunal arbitral presidido por Louis Renault en el caso *Canevaro*, relativo a un conde nacional del Perú de origen italiano que, por razón de su nacimiento era peruano según la ley del Perú *iure soli*, e italiano según la ley italiana *iure sanguinis*. La controversia era si Canevaro tenía derecho a ser considerado como reclamante italiano o peruano. Para determinarlo, el tribunal se centró en los elementos de conexión de Canevaro a uno de los dos Estados, inclinándose hacia la llamada «nacionalidad activa, que es la que de hecho y de derecho, se desprende de la voluntad manifiesta y perseverante del interesado»[221]. Finalmente, el tribunal arbitral consideró que el conde se había comportado como ciudadano peruano, por lo que la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya decidió que:

«En esas circunstancias, sea cual fuere la condición desde el punto de vista de la nacionalidad de Raffaele Canevaro en Italia, el Gobierno del Perú tiene derecho a considerarlo ciudadano peruano y a denegarle la condición de reclamante italiano»[222].

Por otro lado, el principio de no expulsión de los nacionales debe interpretarse de forma amplia, tal como señaló Maurice Kamto en su *Segundo informe sobre la expulsión de extranjeros*, es decir, que debe extenderse tal protección tanto a quienes tienen la nacionalidad de un Estado, como 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 el mismo[223].

En este sentido, los autores de *Oppenheim's International Law* afirman que «el Estado puede asimilar a ciertos extranjeros a sus propios nacionales, lo que afecta a la facultad de expulsarlos que tiene según sus propias leyes (...)»[224]. Así, en la causa relativa al terrorismo italiano en el Tirol meridional, el Tribunal Supremo de Austria estimó que no podía expulsarse de ese país a nacionales italianos nacidos en el Tirol meridional, ya que una ley austríaca exigía que sean tratados como nacionales a efectos administrativos[225].

Por tanto, la cuestión de saber si la prohibición de expulsión de nacionales existe en el Derecho internacional queda resuelta, ya que, en primer lugar, como hemos visto, algunos tratados internacionales prohíben expresamente la expulsión de una persona del territorio de un Estado del que es nacional. En segundo lugar, la ley nacional de algunos

---

[220] Laudo arbitral de 30 de septiembre de 1901, *asunto Barón Descamps y Louis Renault, Recueil international des traités du XXe siècle*, París, Rousseau, tomo I, p. 709.

[221] Véanse DE BOECK, C., «L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 18, 1927-III, p. 459 y DE BOECK, C., «La sentence arbitrale dans l'affaire Canevaro, 3 mai 1912», *Revue générale de droit international public*, vol. XX, 1913, pp. 348 y 349.

[222] *Ibid*.

[223] Véase KAMTO, M., *Segundo informe sobre la expulsión de extranjeros*, *op. cit*.

[224] ROBERT, J. y WATTS, A. (eds.), *Oppenheim's International Law*: *Volume I – Peace*, Oxford University Press, Oxford, 2008 (9ª ed.), p. 940.

[225] Véase la Sentencia del Tribunal Supremo austríaco de 8 de octubre de 1968, *Italian South Tyrol Terrorism Case*, *International Law Reports*, vol. 71, 1986, pp. 235-238.

Estados prohíbe expresamente la expulsión de nacionales[226]. Asimismo, el derecho de un nacional de residir o permanecer en su propio país limitaría la posibilidad de expulsión de nacionales. Sin olvidar que las limitaciones de la expulsión de nacionales pueden aplicarse también a extranjeros que han adquirido una condición similar a la de los nacionales en virtud del Derecho nacional. Por último, cabe recordar que la obligación de otros Estados de recibir personas se limita a sus propios nacionales.

Sin embargo, cabría plantearse si existen excepciones a este principio o es absoluto, recordando, por ejemplo, como veremos al estudiar la expulsión en nuestro Ordenamiento, que existió una figura llamada «extrañamiento» que se aplicaba también a los nacionales.

B. Excepciones a la no expulsión de nacionales

Ante la cuestión que venimos de plantear, cabe afirmar que el principio de la no expulsión por un Estado de sus nacionales al que nos hemos referido ha tenido, sin embargo, varias excepciones en el pasado, sobre todo a finales del siglo XIX y principios del XX, debido principalmente a las situaciones políticas particulares imperantes en ciertos Estados[227].

---

[226] Por lo que respecta a las legislaciones nacionales, son muchas las que prohíben la expulsión de nacionales. En su citado *Tercer informe sobre la expulsión de extranjeros*, Maurice Kamto expresa que «el Derecho francés, por ejemplo, reconoce desde hace tiempo el principio de la prohibición de expulsión de los franceses de Francia. Se admite que un francés no estaría vinculado por una orden de expulsión dictada contra él por un prefecto. Este motivo, que se basa en la condición de francés de la persona en cuestión, ha sido examinado en numerosas sentencias y decisiones: una vez que se invoca dicha condición corresponde a la fiscalía demostrar la cualidad de extranjero» (p.14). Igualmente, este principio se extiende a ciertas categorías de personas categorizadas o no como extranjeros por la legislación de algunos países, tal como nos hace ver el Relator Especial en el citado informe. Véanse, por ejemplo, el artículo 2 *in fine* de la Ley belga de 12 de febrero de 1897, que prohíbe la expulsión de determinadas categorías de extranjeros o hijos de extranjeros; la Ley luxemburguesa de 30 de diciembre de 1893, que impide la expulsión del menor que reúna las condiciones para realizar la declaración de opción de nacionalidad antes de que venza el plazo para ejercerla; la legislación de los Países Bajos, en relación con el extranjero residente, casado con neerlandesa y con hijos nacidos en dicho territorio; el artículo 3 de la Ley brasileña de 7 de enero de 1907, relativa a la expulsión de los extranjeros del territorio nacional, que impide la expulsión de los extranjeros en determinadas condiciones; el artículo 6 de la Ley venezolana de 16 de abril de 1903, que impedía la expulsión de los «extranjeros domiciliados», quienes además perdían su condición de extranjeros y quedaban ipso facto sujetos a las responsabilidades, cargas y obligaciones que implica la vida política para los nacionales o, más recientemente, la legislación italiana actual, que recoge bajo la categoría de los extranjeros que no pueden ser expulsados del territorio nacional a ciertas personas, como los menores (con excepciones), embarazadas, personas perseguidas, refugiados, solicitantes de asilo, los extranjeros que viven con sus padres hasta el cuarto grado y los titulares de permisos de residencia (párr. 41). Véase, asimismo, AGDU, *Expulsión de extranjeros – Memorando de la Secretaría (58º periodo de sesiones de la CDI)*, documento A/CN.4/565, 10 de julio de 2006.

[227] Así como recuerda Maurice Kamto en su citado *Tercer informe sobre la expulsión de extranjeros*: «en Francia, con arreglo a los artículos 2 y 3 de la Ley de 14 de marzo de 1872 (derogada posteriormente por una Ley de 1º de julio de 1901) que establecían ciertas penas contra los afiliados a la Asociación Internacional de Trabajadores, la facultad de expulsar podía aplicarse a los franceses que fueran condenados por consumar dicha afiliación. En el mismo orden de ideas, la Ley de 22 de junio de 1886, denominada "Ley de los príncipes", prohibía entrar en el territorio de la República Francesa a los jefes de las familias que hubieran reinado en Francia y a sus herederos directos, y autorizaba al Gobierno a prohibir la entrada a los demás miembros de esas familias mediante decreto aprobado en Consejo de Ministros. Aunque esta

En la actualidad, el párrafo 1 del artículo 3 del Protocolo n.º 4 del CEDH antes citado, establece la norma de la no expulsión de los propios nacionales como categórica y no parece tener excepciones. Sin embargo, del Informe explicativo del Comité de Expertos que redactó el Protocolo n.º 4 se desprende que el derecho de una persona a entrar en el territorio del Estado del que es nacional no puede interpretarse en el sentido de que le confiera un derecho absoluto a permanecer en ese territorio: con carácter ilustrativo, el Informe menciona la hipótesis de un delincuente que, tras ser extraditado por el Estado del que es nacional, se fugara de la prisión del Estado requirente, en cuyo caso no podría invocar un derecho incondicional a encontrar refugio en su país[228]. De ello se deduce la posibilidad de establecer excepciones por motivos de seguridad nacional.

Igualmente, en el párrafo 2 del artículo 12 de la CADHP, que parece dirigirse por igual a extranjeros y nacionales, permite pensar que en ciertos casos pudieran verse privados de la posibilidad de entrar o volver a sus países (no admisión) los nacionales y, por extensión, ser objeto de expulsión. Dicho artículo dispone:

«Todo individuo tendrá derecho a salir de cualquier país, incluido el suyo, y a retornar a su propio país. Este derecho solo está sujeto a las restricciones estipuladas por la ley para la protección de la seguridad nacional, la ley y el orden, la salud pública o la moral».

Por tanto, cabría contemplar la hipótesis de que un Estado pueda, en ciertas circunstancias y por motivos a menudo relacionados con la política o la seguridad nacional, expulsar a uno de sus nacionales, al margen incluso de los casos, bastante frecuentes, en que las autoridades de un Estado obligan mediante su comportamiento a algunos de sus nacionales a exiliarse o convertirse en refugiados políticos. Un ejemplo de ello fue la expulsión negociada de Charles Taylor, antiguo señor de la guerra convertido en Jefe de Estado de Liberia, a Nigeria, bajo la acusación de perpetrar numerosas atrocidades en su país. Por consiguiente, no fue una decisión unilateral de las autoridades

---

Ley solo se dirigía a una categoría bien determinada y bastante restringida de franceses, no deja de ser cierto que los franceses que entraban en esa categoría eran expulsados de Francia. Los franceses también podían ser expulsados "de países de protectorado y cristiandad". Y podían ser expulsados además de las colonias mientras estuvieron vigentes las órdenes que lo permitían, concretamente hasta que los Decretos de fecha 7 y 15 de noviembre de 1879 y 26 de febrero de 1880 retiraron a los gobernadores de las colonias los derechos que las citadas órdenes les conferían al respecto» (párr. 53). En el caso de España cabe recordar la pena de «extrañamiento» que se aplicaba también a los nacionales.

[228] Véase LOCHAK, D., «Commentaire de l'article 3 du Protocole n° 4» en PETTITI, L.E.; DECAUX, E.; TEITGEN, P.H., (dirs.), *La Convention européenne des droits de l'homme: Commentaire article par article*, Economica, París, 1999 (2ª ed.), p. 1054. La violación del artículo 3.1 del Protocolo No. 4 se ha invocado en varias ocasiones ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, si bien ninguna de estas demandas ha prosperado. Maurice Kamto alude, en el ya mencionado *Tercer informe sobre la expulsión de extranjeros*, por ejemplo, a «la demanda interpuesta contra la República Federal de Alemania y Austria por un ciudadano alemán condenado a cuatro años de prisión en Austria y expulsado provisionalmente a la República Federal de Alemania en el marco de un procedimiento penal, y que alegaba que su regreso a Austria para cumplir su pena era contrario al párrafo 1 del artículo 3 (demanda No. 6189/73, DR 46, p. 214); la demanda de un nacional turco y su mujer de nacionalidad francesa contra Francia, en la que alegaban que la expulsión del marido tras ser condenado a salir definitivamente del territorio francés por vulnerar la legislación sobre estupefacientes implicaba directamente expulsar a su esposa francesa de su propio país (demanda No. 11939/86, *Kilicarlsan v. France*, decisión de 13 de octubre de 1987); y la demanda de una persona buscada por la policía francesa en un caso de homicidio y que al poseer la doble nacionalidad francesa e israelí se había refugiado en Israel, desde donde alegaba que su extradición a Francia era contraria al párrafo 1 del artículo 3 (demanda No. 13287/87, *Nakache v. France*, decisión de 15 de octubre de 1987)» (nota al pie núm. 77).

liberianas, de lo que se desprende que la única exigencia para la expulsión de un nacional es la existencia de un Estado de acogida, es decir, la expulsión por un Estado de sus nacionales no puede llevarse a cabo sin el consentimiento expreso de un Estado de acogida[229].

Caso de Nicaragua 2023

En el ámbito americano, encontramos un caso reciente, así en febrero de 2023, la justicia del régimen Ortega-Murillo toma la decisión de adoptar una «deportación inmediata» a Estados Unidos de 222 presos por «menoscabar la independencia, la soberanía y la autodeterminación del pueblo, por incitar a la violencia, al terrorismo y a la desestabilización económica». La condición para su liberación fue la de abandonar el país, por lo que se consideraba que consintieron «voluntariamente», bordeando así los límites de la expulsión del nacionales.

En un principio tal decisión adolecía de falta de cobertura legal, ya que el art. 43 de la Constitución Política de Nicaragua establece la «prohibición de extradición de nacionales». Así en «Nicaragua no existe extradición por delitos políticos o comunes conexos con ellos, según calificación nicaragüense. La extradición por delitos comunes está regulada por la ley y los tratados internacionales. Los nicaragüenses no podrán ser objeto de extradición del territorio nacional». Por ello, la Asamblea Nacional se reunió para reformar el artículo 21 de la Constitución Política que regula la nacionalidad nicaragüense, declarando apátridas a estos encarcelados por considerarlos «traidores a la patria»[230]. Al mismo tiempo, el Gobierno de Nicaragua impulsó la reforma de la Constitución para regular la nacionalidad nicaragüense a través de dos leyes que contemplaran la apatridia para estos casos de «delitos».

Para completar la medida de «destierro», las instituciones nicaragüenses emitieron pasaportes nuevos a los detenidos para que pudieran entrar a Estados Unidos bajo la figura migratoria conocida como «parole humanitario», por un período de dos años[231]. Sin embargo, los detenidos pueden también solicitar asilo político en Estados Unidos, algo que sin embargo es complicado para algunos por temas de idioma, carencia de medios económicos, entre otros. Motivo por el cual el Gobierno de España ofreció como alternativa la nacionalidad a los 222 presos políticos, junto con otros 94 ciudadanos a los que Ortega declaró apátridas el 15 de febrero de 2023.

A raíz de ello España firmó en mayo de 2023 un acuerdo tripartito con EEUU y Canadá[232], creando una nueva vía, denominada vía complementaria para facilitar el

[229] Véase AGDU, *Expulsión de extranjeros – Memorando de la Secretaría (58º periodo de sesiones de la CDI)*, documento A/CN.4/565, 10 de julio de 2006, párr. 36.

[230] Véase el art. 21 de la Constitución Política de Nicaragua: «La adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad serán reguladas por las leyes».

[231] DENIS CRUZ, J., «¿Qué pasará con los presos políticos liberados por Nicaragua y deportados a Estados Unidos? Estas son las claves», *Newtral*, 18 de febrero de 2023. Disponible en https://www.newtral.es/presos-politicos-nicaragua-estados-unidos/20230211/ [consulta: 06-06-2023].

[232] MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES, «España, EEUU y Canadá avanzan en su compromiso para impulsar la migración regular y segura desde América Latina», *Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones*. Disponible en https://inclusion.seg-

reasentamiento de refugiados con criterios de empleabilidad para atraer personas migrantes desde EEUU[233] de manera ordenada y vinculado a las necesidades del mercado de trabajo.

IV. REGULACIÓN DE LA EXPULSIÓN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

A. El punto de partida: la expulsión como derecho del Estado

Una vez delimitados los distintos conceptos básicos y figuras afines a la expulsión, y establecida la relación entre nacionalidad y expulsión, cabe ahora entrar a analizar la regulación de la expulsión de personas extranjeras en el ámbito internacional. Tal y como hemos afirmado, cada Estado regula como una facultad inherente al mismo su propio «derecho de admisión», lo que se traduce en la posibilidad de expulsar, retornar, repatriar, devolver, denegar la entrada o alejar de su territorio a quienes no ostentan el estatus de ciudadano de los mismos, ya que tal potestad pertenece al ejercicio de la soberanía. Como defendía Maurice Kamto, la soberanía en este contexto no significa más que un determinado Estado no está subordinado a ningún otro y debe respetar las normas mínimas que garantizan que este privilegio se reconozca también a todos los demás Estados[234].

Varios laudos arbitrales internacionales de finales del siglo XIX vienen a sumarse a esta concepción del derecho a expulsar. Así, en el caso *Ben Tillet*, el árbitro Arthur Desjardins, incluía en su pronunciamiento, titulado «Sobre el derecho de expulsión, en su calidad de principio», la siguiente declaración:

> «No puede discutirse que un Estado esté facultado para prohibir la permanencia en su territorio de extranjeros cuando, a su juicio, sus actos o su presencia pongan en peligro su seguridad;(…) Que por lo demás corresponde al Estado, en la plenitud de su soberanía, valorar el alcance de los hechos que motivan esa prohibición (…)»[235].

La cuestión que comenzó a plantearse entonces fue la posibilidad de establecer normas frente a la arbitrariedad que reinaba en muchos Estados en materia de expulsión[236]. Se entendía así que la soberanía del Estado debe estar limitada por una serie de principios intrínsecos al ordenamiento jurídico, sin cuyo respeto se pondría en peligro

social.es/w/espana-eeuu-y-canada-avanzan-en-su-compromiso-para-impulsar-la-migracion-regular-y-segura-desde-america-latina [consulta: 03-05-2023].

[233] En este contexto, cabe recordar las medidas adoptadas por EEUU ante el levantamiento del Título 42 el 11 de mayo. En virtud de la norma conocida como Título 42 se han llevado a cabo más de 2,5 millones de expulsiones de migrantes desde que entró en vigor en 2020 con el pretexto de la pandemia durante el mandato del expresidente Donald Trump (2017-2021).

[234] KAMTO, M., *Tercer informe sobre la expulsión de extranjeros*, *op.cit*, pp. 5-10.

[235] Laudo de 21 de agosto de 1896, *Revue générale de droit international public*, 1989, p. 48.

[236] Véase el extracto del acta de las reuniones del Instituto de Derecho Internacional de los días 8 y 9 de septiembre de 1892 presididas por el vicepresidente Alberic Robin, en IDI, *Annuaire del'Institut de droit international*, vol. XII, 1892-1894, Sesión de Ginebra, p. 185.

la propia existencia del Derecho internacional y la sociedad internacional se vería abocada a la anarquía total[237].

Sin embargo, al referirnos a esas normas mínimas de Derecho internacional observamos, en primer lugar, que no existe una norma vinculante de carácter internacional que regule la materia expresamente y, en segundo lugar, que son pocas las reglas que imponen verdaderas obligaciones comunes en el marco de la «expulsión de extranjeros», más allá de algunos tratados internacionales[238], circunscritos, principalmente, al ámbito de los derechos humanos y convenios de ámbito regional. Entre ellos, los tratados internacionales fundamentales que protegen frente a la discriminación van a constituir un límite eficaz para la protección de los extranjeros cuyas circunstancias la requieran.

Por otro lado, entendemos también que el enfoque desde una perspectiva exclusiva y unilateral protectora de los derechos humanos de los migrantes es complicada, dada la naturaleza transversal de las diversas categorías existentes en la realidad, que engloba: trabajadores migrantes, los refugiados, las víctimas de trata de personas, los migrantes con discapacidad, niños, mujeres embarazadas, mujeres víctimas de violencias sexuales, apátridas, miembros de minorías, indígenas, portadores del VIH/SIDA, personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales y víctimas de tortura, entre otros. Muchos migrantes, además, pueden ser vulnerables, o convertirse en vulnerables[239] por más de un motivo, y pueden haber sufrido abusos de más de un tipo, por lo que las realidades a regular cada vez son más complejas.

Ante esta situación se han producido dos intentos de regulación internacional en el marco de la expulsión de extranjeros que pasamos a exponer.

B. Primer intento regulatorio: los trabajos del Instituto de Derecho Internacional (IDI)

El animado debate que comenzó a suscitar el derecho de expulsión entre los juristas de finales del siglo XIX, se vio reflejado en los trabajos del IDI[240], una de las primeras instituciones que empieza a estudiar y proponer normas comunes sobre la expulsión de los extranjeros desde un punto de vista global. Así, entre los principales trabajos desarrollados por el IDI cabe destacar: el proyecto de Declaración internacional relativa al derecho de expulsión de extranjeros de 1888, y la adopción de las ya mencionadas Reglas internacionales sobre la admisión y expulsión de extranjeros en 1892.

---

[237] KAMTO, M., *Tercer informe sobre la expulsión de extranjeros*, *op.cit*, p. 10.

[238] Véase DE BOECK, C., «L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique», *op.cit*., p. 480, así como los numerosos ejemplos de legislaciones de la época y de tratados internacionales que cita en las pp. 480 y 481.

[239] Los que son víctimas de violencia y de experiencias traumáticas, incluidas personas sin recursos y las personas en situación irregular, tienen una mayor probabilidad de ser vulnerables.

[240] El IDI es una organización independiente surgida en Gante en 1873 y que recibió en 1904 el Premio Nobel de la Paz.

Aunque el fundamento del derecho a expulsar no se planteó expresamente durante esos trabajos, la importancia de esta obra radica en que se abordó, por primera vez, la disyuntiva sobre si la invocación de su base jurídica ha de ser conforme al Derecho internacional o al Derecho interno. El análisis inicial de ese derecho conduce a afirmar que se trata de un derecho natural del Estado, lo que se desprende de su propia condición de ente jurídico soberano dotado de competencia plena sobre su territorio y que solo puede verse limitada en la esfera internacional por los compromisos que ese Estado contraiga voluntariamente o por ciertas normas *erga omnes.* Por otro lado, este derecho universalmente admitido se reconoce desde hace tiempo en las legislaciones de muchos países[241]. Dicho de otro modo, lo que unánimemente se admite es que el derecho a expulsar es un derecho inherente a la soberanía (territorial) del Estado, aunque, y aquí está el escalón al que auparse, no se trata de un derecho absoluto, en la medida en que debe ejercerse dentro de los límites establecidos por el Derecho internacional[242].

Sin embargo, también es cierto que, en la misma época, hubo otra corriente que defendía su carácter absoluto, como muestra la sentencia de 1893 del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Fong Yue Ting v. U.S,* en la que entendía que:

«El derecho de una nación a expulsar o deportar a los extranjeros es tan absoluto y sin condiciones como el derecho a prohibir e impedir su entrada al país» y que era «un derecho inherente e inalienable»[243].

Sin embargo, dicha corriente no fue predominante, triunfando la que reconocía los límites y que se vio respaldada a perfilar sus contornos como consecuencia, precisamente, de los trabajos del IDI.

El referido proyecto de Declaración internacional del IDI, que constaba de seis artículos, aprobado en la 8ª Sesión de Lausana de 1888, abordaba la pregunta esencial sobre cómo y con qué límites podían los gobiernos ejercer el derecho de expulsión de los extranjeros. El ponente del informe sobre el derecho de expulsión de extranjeros presentado ante el IDI en su sesión de Lausana de 1888, Rolin-Jacquemyns afirmó que la soberanía de los Estados se pondría en peligro si personas que no tienen «ningún vínculo político con el Estado en el que entran, es decir, cuya patria es otra, pudieran penetrar en el territorio, instalarse en él y desafiar a las autoridades locales que hubieran estimado dicha estancia peligrosa o perjudicial para el país»[244], al tiempo que añadía:

«Desde el punto de vista del Derecho internacional, por lo general todo gobierno de un Estado soberano puede ejercer, si lo estima necesario en interés de ese Estado, el derecho que le asiste de admitir o no admitir y de expulsar o no expulsar a los extranjeros que deseen entrar en su territorio o se encuentren en él, así como de supeditar su admisión o su residencia a las

[241] En Inglaterra, por ejemplo, antes de que se promulgara la *Aliens Act*, de 11 de agosto de 1905; en Francia, el derecho del gobierno a expulsar se reconoció en 1849, aunque una anterior Ley *de 28 de vendemario del año VI* lo incluía ya e igualmente, la Ley de 21 de abril de 1832 confería al gobierno francés el mismo derecho en lo que respecta a los extranjeros refugiados. En este sentido, véase DESJARDINS, A., «L'expulsion des étrangers», *Questions sociales et politiques*, 1893, p. 107.
[242] Véase en global, KAMTO, M., *Tercer informe sobre la expulsión de extranjeros*, *op.cit*.
[243] Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos de 15 de mayo de 1893, *Fong Yue Ting v. U.S*., 149 U.S. 698 (1893), pp. 707 y 711.
[244] IDI, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. X, 1888-1889, Sesión de Lausana, p. 230.

condiciones que considere oportunas en aras de su tranquilidad o de su seguridad interior o exterior, o de la salud de sus habitantes»[245].

Tal opinión estaba además en consonancia con la doctrina dominante en ese momento, de la que formaba parte Darut, para quien en la noción de soberanía se encontraba el «fundamento racional del derecho de expulsión»[246]. En el mismo sentido, A. H. Marsh se reafirmaba en este derecho inherente del Estado y añadía que «dado que el derecho a expulsar no es sino un atributo de la soberanía de cada Estado sobre su propio territorio, es evidente que está plenamente reconocido por el Derecho internacional»[247].

En este proyecto de Declaración, el Instituto reconocía que el ejercicio del derecho de expulsión está sujeto a ciertas restricciones, por tanto, no es absoluto, tal y como se afirma en su artículo primero, según el cual este derecho está supeditado a un principio de legalidad, ya que se debe aplicar respetando las normas generales del Estado que regulan el ejercicio de este derecho:

«*Tout Etat souverain peut régler l'admission et l'expulsion des étrangers de la manière qu'il juge convenable; mais il est conforme à la foi publique que les étrangers soient avisés, au préalable, des règles générales que l'Etat entend suivre dans l'exercice de ce droit*».

Además, entrevera una segunda idea sobre que «la expulsión debe llevarse a cabo con todas las garantías que exigen la humanidad y el respeto de los derechos individuales»[248]. A este respecto, el IDI compartía la opinión de Féraud-Giraud, quien, en su informe sobre el tema, estimaba que, al ejercer su derecho de expulsión, un Estado debe procurar, en la medida de lo posible, conciliar su deber de mantener el orden en su territorio y la propia seguridad interior y exterior con la necesidad de «respetar las leyes de la humanidad, los derechos individuales inherentes a toda persona y el principio de la libertad de las relaciones entre las naciones»[249].

En el mismo sentido, el Relator del IDI sobre esta materia, De Bar, reconoció que no puede discutirse la existencia de un derecho soberano de los Estados, aunque también afirmaba que «por muy lejos que se llegue, este derecho soberano no puede extenderse hasta el punto de aniquilar cualquier derecho individual del extranjero»[250].

A lo largo de los artículos siguientes del proyecto del IDI (del 2 al 5) se distingue de manera escueta entre la expulsión ordinaria, la extraordinaria y la urgente que se delimitaba a los casos de guerras y otras amenazas importantes: «*En dehors des cas d'urgence, tels que ceux de guerre ou de troubles graves, il y a lieu de distinguer entre l'expulsion ordinaire, s'appliquant à des individus déterminés, et l'expulsion extraordinaire s'appliquant à des catégories d'individus*».

Finaliza este trabajo con el artículo 6, que consagra el requisito de la notificación al extranjero de su expulsión, en caso de ser ordinaria, antes de su ejecución: «*La décision*

[245] *Ibid.*, p. 235.
[246] DARUT, J.A., *L'expulsion des étrangers*. *Principe général – Application en France*, Tesis Aix, 1902, pp. 16 y 20.
[247] MARSH, A. H., "Colonial expulsion of aliens: an answer", *American Law Review*, vol. 33, 1899, p. 90.
[248] IDI, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. X, 1888-1889, Sesión de Lausana, p. 236.
[249] IDI, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. XI, 1889-1892, Sesión de Hamburgo, p. 276.
[250] *Ibid*.

prononçant une expulsion ordinaire et indiquant les dispositions sur lesquelles elle se fonde devra être signifiée à l'intéressé avant d'être mise à exécution».

C. Las Reglas internacionales sobre la admisión y expulsión de extranjeros del IDI de 1892

Los principios apuntados en el primer trabajo del IDI se desarrollan de manera más detallada a lo largo de los 41 artículos que conforman las Reglas internacionales sobre la admisión y expulsión de extranjeros aprobadas en la sesión del IDI de Ginebra de 9 de septiembre de 1892, siendo ponentes los ya mencionados Féraud-Giraud y Ludwig von Bar. En el preámbulo de dichas Reglas, en una suerte de declaración de intenciones, afirmaban que:

«Considerando que, para cada Estado, el derecho de admitir o no a extranjeros en su territorio, de admitirlos con ciertas condiciones o de expulsarlos es una consecuencia lógica y necesaria de su soberanía y su independencia; considerando no obstante que la humanidad y la justicia obligan a los Estados a ejercer ese derecho respetando, de forma compatible con su propia seguridad, el derecho y la libertad de los extranjeros que desean penetrar endicho territorio o que ya se encuentran en él; considerando que, desde el punto de vista internacional, puede ser útil formular de manera general y de cara al futuro algunos principios reiterados, cuya aceptación por otra parte no implicaría apreciación alguna sobre actos realizados en el pasado (…)»[251].

En el artículo 1 se define el concepto de extranjero en el mismo sentido que hemos descrito anteriormente, pasando a enunciar la regla general en su artículo 2 sobre la no prohibición de acceso o permanencia nacionales, en relación con el principio de su no expulsión[252], para seguidamente, consagrar el principio de legalidad en el artículo 3. Así, «en principio, un Estado no debe prohibir el acceso o la permanencia en su territorio a sus súbditos ni a quienes, tras haber perdido la nacionalidad de ese Estado, no hayan adquirido ninguna otra»[253].

Los artículos 4 a 13 regulan las condiciones de admisión de los extranjeros, en donde destacan varias reglas ya mencionadas. De ellos, cabe señalar el artículo 6, que establece una regla, desde nuestro punto de vista fundamental, cual es la no prohibición de manera general y permanente de la entrada libre de extranjeros, salvo por razón de interés público y motivos extremadamente graves, citando como ejemplos de tales situaciones, una diferencia fundamental en las costumbres o en la civilización o el caso de producirse la organización o acumulación peligrosa de extranjeros que se presentaran en masa[254].

---

[251] Véase IDI, *Annuaire de l'Institut de droit international,* vol. XII, 1892-1894, Sesión de Ginebra, pp. 218 y 219.

[252] MARTÍNEZ PÉREZ, O., «La expulsión de extranjeros y la labor de Organismos Internacionales al respecto. Comentarios de Cátedra», *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche* vol.1, núm. 9, 2013, pp. 200-238.

[253] Véase IDI, *Annuaire de l'Institut de droit international,* vol. XII, 1892-1894, Sesión de Ginebra, p. 219.

[254] Art. 6: «*L'entrée libre des étrangers sur le territoire d'un Etat civilisé ne peut être prohibée, d'une manière générale et permanente, qu'à raison de l'intérêt public et de motifs extrêmement graves, par*

Este precepto adquiere trascendencia en la actualidad si recordamos el veto migratorio que propuso el anterior presidente de EEUU, el Sr. Trump, a la entrada de ciudadanos de determinados países[255], ya que estaría vulnerando el principio esencial del IDI de «prohibición general y permanente». Lo que viene a reforzar una de las ideas defendidas en este trabajo, que no es otra que la necesidad de una norma internacional con reglas comunes que evite, precisamente, este tipo de decisiones «arbitrarias» por parte de una Nación.

Otra regla que establece este proyecto es que tampoco se permite el motivo de la protección del empleo nacional como excusa para prohibir la entrada de extranjeros: «*La protection du travail national n'est pas, à elle seule, un motif suffisant de non-admission*» (art. 7).

Sin embargo, sí reconocen las circunstancias de guerra, desórdenes interiores o epidemia como límites a la expulsión o a la entrada: «*L'Etat conserve le droit de restreindre ou de prohiber temporairement l'entrée des étrangers, en temps de guerre, de troubles intérieurs ou d'épidémie*» (art.8). Este último motivo, sin embargo, sí sería aplicable para justificar medias adoptadas más recientemente como consecuencia de las circunstancias de salud pública marcadas por el COVID-19.

Continuando con las limitaciones permitidas por el IDI, estas hacen referencia a vagabundos, mendigos, enfermos que puedan comprometer a salud pública y quienes hayan cometido infracciones graves contra la salud o la vida de las personas, la propiedad o la fe pública (art. 12)[256].

El grueso de los preceptos restantes establece las condiciones a las que se subordina la expulsión de extranjeros (arts. 14-41). En ellos se reconoce que, no siendo un castigo, debe ejecutarse con todos los cuidados posibles y considerando la situación particular de la persona (art. 17). Igualmente, se contempla la ejecución provisional de la expulsión, aunque esta pueda ser recurrida ante instancias judiciales o administrativas (art. 21 y arts. 34 a 39).

Los artículos 23 a 27 definen los distintos tipos de expulsión, ordinaria y extraordinaria, entendiendo por esta última la expulsión en masa[257], que exige una regulación específica en caso de ser definitiva. El artículo siguiente especifica quiénes pueden ser expulsados y reconoce la base de lo que actualmente sería el arraigo, ya que, si no hay otro motivo más que la entrada fraudulenta en el territorio o vulnerando las

---

exemple à raison d'une différence fondamentale de mœurs ou de civilisation, ou à raison d'une organisation ou accumulation dangereuse d'étrangers qui se présenteraient en masse».

[255] La Orden Ejecutiva 13769, titulada «Protección de la Nación contra la Entrada de Terroristas Extranjeros en Estados Unidos», firmada el 27 de enero de 2017 por el presidente de los Estados Unidos Donald Trump, limita fuertemente tanto el viaje como la inmigración de personas de varios países de Oriente Medio, suspendiendo el Programa de Admisión de Refugiados de los Estados Unidos (USRAP) durante 120 días, así como la entrada de personas de siete países de mayoría musulmana (Libia, Irán, Irak, Somalia, Sudán, Siria y Yemen), sin importar el estatus de visado o residencia permanente, durante 90 días.

[256] AGUELO NAVARRO, P. y GRANERO SÁNCHEZ, H., «La expulsión de extranjeros en el Derecho internacional, en el acervo de la Unión y en la normativa española», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 47, enero-abril 2018, pp. 221-292.

[257] El IDI vuelve a tratar esta cuestión en las Sesiones de Hyderabad en 2017, sobre las que profundizaremos en el Capítulo dedicado a los tipos de expulsión.

reglas de entrada, si el extranjero lleva seis meses ya viviendo en el país, no podrá ser expulsado. Reproducimos estas especificaciones del modo en que fueron previstas textualmente por su importancia y por no necesitar mayor interpretación que la literal del precepto:

«*Peuvent être expulsés:*

1° Les étrangers qui sont entrés sur le territoire frauduleusement, en violation des règlements sur l'admission des étrangers ; mais, s'il n'y a pas d'autre motif d'expulsion, ils ne peuvent plus être expulsés après avoir séjourné six mois dans le pays ;

2° Les étrangers qui ont établi leur domicile ou leur résidence dans les limites du territoire, en violation d'une défense formelle ;

3° Les étrangers qui, au moment où ils ont franchi la frontière, étaient atteints de maladies de nature à compromettre la santé publique;

4° Les étrangers en état de mendicité ou de vagabondage, ou à la charge de l'assistance publique;

5° Les étrangers condamnés par les tribunaux du pays pour des infractions d'une certaine gravité;

6° Les étrangers condamnés à l'étranger ou s'y trouvant sous le coup de poursuites pour des infractions graves qui, selon la législation du pays ou d'après les traités d'extradition conclus par l'Etat avec d'autres Etats, pourraient donner lieu à leur extradition;

7° Les étrangers qui se rendent coupables d'excitations à la perpétration d'infractions graves contre la sécurité publique, bien que ces excitations, comme telles, ne soient pas punissables selon la loi territoriale et que les infractions ne doivent se consommer qu'à l'étranger

8° Les étrangers qui, sur le territoire de l'Etat, se rendent coupables ou fortement suspects d'attaques, soit par la presse, soit autrement, contre un Etat ou un souverain étranger, ou contre les institutions d'un Etat étranger, pourvu que ces faits soient punissables d'après la loi de l'Etat expulsant, si, commis à l'étranger par des indigènes, ils étaient dirigés contre cet Etat lui-même;

9° Les étrangers qui, pendant leur séjour sur le territoire de l'Etat, se rendent coupables d'attaques ou d'outrages publiés par la presse étrangère contre l'Etat, la nation ou le souverain;

10° Les étrangers qui, en temps de guerre ou au moment où une guerre est imminente, compromettent, par leur conduite, la sécurité de l'Etat».

De todos los expuestos, cabe destacar este último motivo, que supone comprometer la seguridad nacional en tiempo de guerra o cuando esta es inminente, ya que es el único que no puede ser objeto de recurso (según dispone más adelante el art. 36).

A continuación, el proyecto establece reglas mínimas sobre el modo de efectuar la expulsión (arts. 30 a 33)[258], para finalizar el texto con las reglas en caso de domiciliados, residentes o quienes ostentan un establecimiento comercial (arts. 40-41)[259].

D. Segundo intento de regular la expulsión de extranjeros: el proyecto de articulado sobre la expulsión de extranjeros de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI) de 2014

La posibilidad de regular en el ámbito internacional la expulsión de personas extranjeras volvió a plantearse casi un siglo después, en 1998, en el seno de la CDI de Naciones Unidas, aunque no comenzaría a tomar forma hasta el año 2000 con el grupo de trabajo sobre el Programa a largo plazo. Partía de la idea ya consolidada del derecho de los Estados a expulsar extranjeros, cuya regulación se situaba en el Derecho interno, reconociendo, al mismo tiempo, la decisiva influencia del Derecho internacional para fijar una serie de límites[260].

Sin embargo, no será hasta 2004 cuando se nombra a un Relator Especial, Maurice Kamto quien, durante un periodo de diez años, desde 2004 a 2014, desarrolló una ingente misión que vio la luz, finalmente, en segunda lectura, en el 66º periodo de sesiones de la CDI, adoptando un necesario, aunque, hasta la fecha, desfondado «proyecto de articulado sobre la expulsión de extranjeros» de 2014[261]. Al mismo tiempo, se recomendaba a la Asamblea General la adopción de una resolución incluyendo los artículos del proyecto en un anexo, así como considerar la posibilidad de elaborar una convención sobre la base del proyecto de artículos. A pesar de la importancia de este trabajo, al igual que los del IDI, ambos textos carecen de fuerza vinculante, aunque el Proyecto al que nos referimos ahora constituye un referente que podría impulsar la adopción definitiva de un instrumento normativo internacional que regule de manera taxativa la expulsión de extranjeros. Igualmente, consideramos que los trabajos realizados por esta Comisión merecen un análisis del articulado del texto finalmente aprobado.

---

[258] *«IV. De la forme de l'expulsion*
Article 30. L'acte ordonnant l'expulsion est notifié à l'expulsé. Il doit être motivé en fait et en droit.
Article 31. Si l'expulsé a la faculté de recourir à une haute cour judiciaire ou administrative, il doit être informé, par l'acte même, et de cette circonstance et du délai à observer.
Article 32. L'acte mentionne de même le délai dans lequel l'étranger devra quitter le pays. Ce délai ne peut être de moins d'un jour franc. Si l'expulsé est en liberté, on ne doit pas user de contrainte envers lui pendant ce délai.
Article 33. L'étranger auquel il a été enjoint de sortir du territoire est tenu de désigner la frontière parlaquelle il entend sortir; il reçoit une feuille de route, réglant son itinéraire et la durée de son séjour dans chaque localité. En cas de contravention, il est conduit à la frontière par la forcé publique».

[259] Véase AGUELO NAVARRO, P. y GRANERO SÁNCHEZ, H., «La expulsión …», *op.cit*.

[260] GARCÍA, L, «Crónica del trabajo del relator especial sobre la expulsión de extranjeros de la comisión de Derecho internacional de las Naciones Unidas (2004-2014)», *Revista Temas Socio Jurídicos*, vol. 36, núm. 72, enero - junio de 2017, p. 277.

[261] Véase CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66.º período de sesiones*, Documento A/69/10, 2014, pp. 26 y ss.

Así, este proyecto está estructurado en cinco partes. En la primera parte, titulada «Disposiciones generales», se delimita el ámbito de aplicación y se definen los términos clave «expulsión» y «extranjero». Seguidamente se enuncian una serie de normas generales relativas al derecho de expulsión (reconocido como tal en su art. 3), a la obligación de conformidad con el derecho y a los motivos de expulsión. La segunda parte se refiere a los casos de expulsiones prohibidas. En la tercera parte se trata de la protección de los derechos de los extranjeros objeto de expulsión, primero desde un punto de vista general (capítulo I) y luego de forma más específica, examinando la protección requerida al Estado expulsor (capítulo II), la protección en relación con el Estado de destino (capítulo III) y la protección en el Estado de tránsito (capítulo IV). La cuarta parte del proyecto de artículos se refiere a reglas específicas de procedimiento, mientras que la quinta parte trata de las consecuencias jurídicas de la expulsión.

Cabe comenzar llamando la atención sobre el artículo 1 que define el ámbito de aplicación del siguiente modo: «El presente proyecto de artículos se aplica a la expulsión por un Estado de extranjeros que se encuentran en su territorio». Queremos destacar este precepto ya que dicha redacción fue modificada, en el último momento, tras la primera lectura del proyecto final, con el objeto de excluir la referencia que se hacía a los extranjeros «presentes legal o ilegalmente en el territorio» y que se había mantenido desde el principio. Finalmente, tal posibilidad expulsora se incluyó sin aplicar distinción alguna de la situación regular o irregular del extranjero, aunque en ciertas disposiciones del proyecto se contemplan diferencias entre ambas situaciones, en particular en lo que se refiere a los derechos que se les reconocen.

También cabe indicar que la inclusión en el ámbito de aplicación de aquellos extranjeros cuya presencia en el territorio del Estado expulsor es ilegal debe entenderse teniendo presente también la cláusula por la que se excluyen del ámbito de aplicación del proyecto las cuestiones relativas a la no admisión de un extranjero en el territorio de un Estado, que figura al final del proyecto de artículo 2. a)[262].

Precisamente, en el proyecto de artículo 2 se definen dos términos clave a los que ya nos hemos referido, «expulsión» y «extranjero». Así, es extranjero «la persona física que no tiene la nacionalidad del Estado en cuyo territorio se encuentra». Respecto al concepto de expulsión, es uno de los aspectos iniciales en los trabajos que desarrolló el Relator Especial, comparándolo con otras figuras afines con detalle en su ya citado *Segundo informe sobre la expulsión de extranjeros*, que presentó en 2006. Así, tal y como nos adelanta, «la palabra "expulsión" se emplea generalmente en un sentido amplio e impreciso para designar un conjunto de medidas o de hechos cuya finalidad o efecto es obligar a una persona a abandonar el territorio de un Estado»[263]. La expulsión se concibe en el citado documento en relación con un espacio territorial determinado y todos los demás lugares donde el Estado que expulsa ejerce su soberanía.

[262] Artículo 2. a): «se entiende por "expulsión" un acto jurídico o un comportamiento, atribuible a un Estado, por el cual un extranjero es compelido a abandonar el territorio de ese Estado; no incluye la extradición a otro Estado, la entrega a una jurisdicción penal internacional ni la no admisión de un extranjero en un Estado».
[263] KAMTO, M., *Segundo informe sobre la expulsión de extranjeros*, *op. cit*., párr. 153.

Sin embargo, y para ser más precisos, señala el Relator Especial que el sentido exacto del término se desprenderá, por una parte, de su diferenciación de algunas nociones similares (es el caso en particular de los términos deportación, extradición, alejamiento, conducción a la frontera, devolución, no admisión y transferencia) y, por la otra, tras determinar la función exacta que desempeña el cruce de la frontera territorial del Estado que expulsa.

Considerando que es el texto que ha elaborado una reflexión más profunda sobre la expulsión de extranjeros, pasamos a exponer los principales aspectos de su estudio.

E. Delimitación de la expulsión en de extranjeros en el proyecto de articulado de la CDI

El proyecto de la CDI consensuó en el artículo 2 qué se entiende por expulsión, llegando a la siguiente definición:

«Se entiende por "expulsión" un acto jurídico o un comportamiento, atribuible a un Estado, por el cual un extranjero es compelido a abandonar el territorio de ese Estado; no incluye la extradición a otro Estado, la entrega a una jurisdicción penal internacional ni la no admisión de un extranjero en un Estado».

Cabe precisar que en lo que respecta a la no admisión, la Comisión entendió que, en el marco de otros ordenamientos jurídicos, en ocasiones, se utiliza el término «devolución» en vez de «no admisión». Por ello, englobaría también, en el ámbito de la exclusión, el concepto de devolución[264]. En cambio, las medidas adoptadas por un Estado con el fin de compeler a un extranjero ya presente, legal o ilegalmente, en su territorio a abandonarlo, corresponden al concepto de «expulsión», tal como se define en el proyecto de artículo 2, apartado a). Esta distinción debe entenderse a la luz de la definición del ámbito de aplicación *ratione personae* del proyecto de artículos, que incluye, como indica explícitamente el proyecto de artículo 1, párrafo 1, tanto a los extranjeros presentes legalmente en el territorio del Estado expulsor como a aquellos cuya presencia en dicho territorio es ilegal.

Por otro lado, se especifica que la exclusión de las cuestiones relativas a la no admisión no afecta a las normas de Derecho internacional relativas a los refugiados. Esta reserva se debe a que el apartado b) del proyecto de artículo 6, en el que se enuncia la prohibición de *non refoulement* en el sentido del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, inevitablemente trata cuestiones de admisión, pero no se rige por las mismas consideraciones, como veremos más adelante[265].

Igualmente, el proyecto de artículo 3 reconoce el derecho a expulsar a un extranjero de su territorio, como un derecho inherente del Estado que se desprende de su

[264] En concreto, se refiere a la negativa de las autoridades de un Estado, generalmente las autoridades encargadas del control de la inmigración y de la vigilancia de las fronteras, de admitir a un extranjero en el territorio de ese Estado.

[265] Véase, en general, CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66.º período de sesiones*, Documento A/69/10, 2014.

soberanía. Tal y como afirma la CDI, el derecho de expulsión se ha reconocido ya en varios laudos arbitrales y decisiones de comisiones de reclamaciones[266], así como en diversas decisiones de órganos jurisdiccionales y comisiones regionales[267].

1. Requisitos de la expulsión del texto y su aplicación

Los artículos 4 y 5 reconocen el principio de legalidad en la adopción de la resolución de expulsión, así como la necesidad de motivación de dicha decisión, ya que el Estado, que tiene competencia exclusiva respecto de las condiciones de admisión de los extranjeros en su territorio, no puede privarlos arbitrariamente del derecho de estancia, algo que, en 1892, el IDI ya había considerado, además de ser una exigencia consolidada en el Derecho internacional de los derechos humanos, tanto universal como regional[268]. Lo cual no obsta para que las legislaciones nacionales puedan prever normas y procedimientos diferentes en materia de expulsión, en función del carácter legal o ilegal de esa presencia[269].

Así, por ejemplo, el Tribunal Internacional de Justicia, en el fallo sobre el asunto *Diallo*, consideró que la República Democrática del Congo no había cumplido la

---

[266] Véanse, por ejemplo, el Laudo de 4 de septiembre de 1875, *Lacoste c. Mexico (Comisión Mexicana*) (BASSETT MOORE, J., *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party*, vol. IV, Government Printing Office, Washington, pp. 3347 y 3348); el Laudo de la Comisión Mixta de Reclamaciones Países Bajos-Venezuela de 1 de junio de 1903, *Maal Case*, (UN, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, p. 731); el Laudo de la Comisión Mixta de Reclamaciones Italia-Venezuela de 1903, *Boffolo Case* (UN, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, pp. 528, 529, 531 y 532; el Laudo de la Comisión Mixta de Reclamaciones Italia-Venezuela de 1903, *Oliva Case* (UN, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, p. 608); el Laudo de la Comisión Mixta de Reclamaciones Bélgica-Venezuela de 1903, *Paquet Case (Expulsion*) (UN, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IX, p. 325) o el Laudo del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos de 2 de noviembre de 1987, *Yeager v. The Islamic Republic of Iran*, (MACGLASHAN, M.E., *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 17, Cambridge University Press, 1988, pp. 92-113).

[267] Con respecto al TEDH, véase en particular la STEDH de 18 de febrero de 1991, *asunto Moustaquim c. Bélgica*, párr. 43. Asimismo, véanse la STEDH de 30 de octubre de 1991, *Vilvarajah y otros c. Reino Unido*, párr. 102; la STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, párr. 73; la STEDH 17 de diciembre de 1996, *Ahmed c. Austria*, párr. 48 y la STEDH de 29 de abril de 1997, *H.L.R. c. Francia*, párr. 33. En lo que se refiere a la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, véase en particular: CADHP, *Union interafricaine des droits de l'homme, Fédération internationale des ligues des droits de l'homme, Rencontre africaine des droits de l'homme, Organisation nationale des droits del'homme au Sénégal et Association malienne des droits de l'homme v. Angola*, Comunicación n.º 159/96 – Eleventh Annual Activity Report, 1997-1998, párr. 20.

[268] En el ámbito universal, figura en el artículo 13 del PIDCP (en lo que respecta a los extranjeros que se hallen legalmente en el territorio del Estado expulsor); en el artículo 22.2, de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; así como en el artículo 32.2 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, y el artículo 31.2 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas. En el ámbito regional, conviene mencionar el artículo 12.4 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; el artículo 22.6, de la CADH; el artículo 1.1 del Protocolo Nº 7 del CEDH y el artículo 26.2 de la Carta Árabe de Derechos Humanos, en que se establece la misma exigencia en lo que respecta a los extranjeros legalmente presentes en el territorio del Estado expulsor.

[269] CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66.º período de sesiones, op.cit.*, p. 27.

obligación de motivación para la expulsión del Sr. Diallo, entendiendo que la detención e internamiento del Sr. Diallo para su expulsión eran arbitrarios[270].

Respecto al principio de legalidad, otro de los requisitos exigibles por el texto, cabe plantearse el alcance de la potestad de control de un órgano internacional sobre el respeto de las normas de Derecho interno en un contexto como el de la expulsión. A modo de ejemplo cabe recordar la posición del Comité de Derechos Humanos con respecto a la expulsión por Suecia, en 1977, de una refugiada política griega sospechosa de ser una terrorista. Se alegó ante el Comité de Derechos Humanos que la resolución de expulsión no había sido adoptada «conforme a la ley», por tanto, no respetaba lo dispuesto en el artículo 13 del PIDCP[271]. El Comité consideró que la interpretación del Derecho nacional era una cuestión que correspondía fundamentalmente a la esfera de competencia de los órganos jurisdiccionales y autoridades del Estado parte interesado y que «entre las facultades o funciones del Comité no figuraba la de evaluar si las autoridades competentes del Estado parte en cuestión habían interpretado y aplicado la ley nacional (...), a menos que se determinara que las autoridades competentes no habían interpretado o aplicado la ley de buena fe y resultara evidente que había habido abuso de poder»[272]. Por su parte, el TIJ y el TEDH han adoptado un criterio similar en lo que respecta a su potestad de control del respeto por un Estado de su Derecho interno en el contexto de la expulsión[273].

2. Expulsiones prohibidas

La segunda parte del Proyecto, relativa a las expulsiones prohibidas, comienza con la referencia en el artículo 6 a los refugiados, aunque adelantamos que tal prohibición no es absoluta. Este precepto también sufrió modificaciones de última hora, incluyendo los supuestos de no admisión dentro de las conductas prohibidas respecto a los refugiados en el ámbito del *non refoulement*. En todo caso, el proyecto de artículo 6 debe entenderse sin perjuicio del derecho del Estado a expulsar, por razones distintas de las indicadas en

[270] Sentencia del TIJ de 30 de noviembre de 2010, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, I.C.J. Reports 2010, p. 663, párr. 65.

[271] Artículo 13 del PIDCP: «El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas».

[272] Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 9 de abril de 1981, comunicación nº 58/1979, *Anna Maroufidou c. Suecia*, párr. 10.1.

[273] Véanse la Sentencia del TIJ de 30 de noviembre de 2010, *Ahmadou Sadio Diallo*, *op.cit.*, p. 639, párr. 65 y la STEDH de 18 de diciembre de 1986, *Bozano c. France*, párr. 58: «Allí donde el Convenio, como en su artículo 5, remite directamente al Derecho interno, el cumplimiento de este forma parte integrante de los compromisos de los Estados contratantes, de suerte que el Tribunal tiene competencia para asegurarse de tal cumplimiento en caso necesario (artículo 19); sin embargo, la amplitud de la tarea que incumbe al Tribunal en la materia encuentra límites en la economía del sistema europeo de protección ya que corresponde, en primer lugar, a las autoridades nacionales, en particular los tribunales, interpretar y aplicar este derecho (véase, entre otros, *mutatis mutandis*, la sentencia Winterwerp, de 24 de octubre de 1979, serie A, Nº 33, p. 20, párr. 46)».

el apartado a) (orden público o seguridad nacional), al extranjero que haya presentado una solicitud manifiestamente abusiva con el fin de obtener la condición de refugiado[274].

Contrariamente a la protección enunciada a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio según el apartado a), la mencionada en el apartado b) relativa al *non refoulement* se aplica a todos los refugiados, independientemente de que su presencia en el Estado de acogida sea legal o ilegal. Conviene asimismo subrayar que se contempla la obligación específica de no devolución a los refugiados y que se enuncia sin perjuicio de que se les apliquen las normas generales que prohíben la expulsión hacia determinados Estados, enunciadas en los proyectos de artículo 23 y 24. Igualmente, en el artículo 7 se prohíbe la expulsión de los apátridas[275] que se encuentre legalmente en su territorio, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público.

Otro de los supuestos prohibidos es el contemplado en el artículo 9 relativo a la expulsión colectiva. Entendiendo por tal la expulsión de extranjeros «como grupo», enunciado este que se inspira en la jurisprudencia del TEDH y sobre la que nos detendremos al estudiar las devoluciones colectivas[276]. El párrafo 2 del proyecto de

---

[274] Art. 6: «El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de las normas de Derecho internacional relativas a los refugiados, así como de cualquier norma o práctica más favorable en materia de protección de refugiados y, en particular, de las siguientes normas:
a) Un Estado no expulsará a un refugiado que se encuentre legalmente en su territorio, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público;
b) Un Estado no expulsará o devolverá, en modo alguno, a un refugiado a las fronteras de territorios en los que su vida o su libertad correrían peligro en razón de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opinión política, a menos que existan motivos fundados para considerar que esa persona constituye una amenaza para la seguridad del país en el que se encuentra o que, habiendo sido condenada mediante sentencia firme por la comisión de un delito particularmente grave, constituye una amenaza para la comunidad de dicho país».

[275] Al igual que los refugiados, los apátridas gozan, en virtud de las normas pertinentes de Derecho internacional, de un régimen favorable que somete su expulsión a condiciones restrictivas. En el artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, de 28 de septiembre de 1954, se califica de apátrida a «toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación».

[276] Véase la Decisión del TEDH sobre la admisibilidad de la demanda Nº 45917/99, de 23 de febrero de 1999, *Vedran Andric c. Suecia*, párr. 1: «el Tribunal decide que ha de entenderse la expulsión colectiva como toda medida encaminada a obligar a los extranjeros, como grupo, a salir de un país, salvo en los casos en que esa medida se adopte sobre la base de un examen razonable y objetivo del caso particular de cada extranjero del grupo. Además, el hecho de que un cierto número de extranjeros resulte afectado por decisiones semejantes no lleva a concluir que haya una expulsión colectiva cuando cada persona interesada ha tenido la oportunidad de plantear los argumentos para objetar su expulsión a las autoridades competentes en forma individual...». Véase también la STEDH de 5 de febrero de 2002, *Čonka c. Bélgica*, párr. 59: «el Tribunal reiteró su jurisprudencia en cuya virtud la expulsión colectiva, dentro de los términos del artículo 4 del Protocolo N. º 4, ha de entenderse como toda medida por la que se compele a extranjeros, como grupo, a salir de un país, salvo en los casos en los que se haya adoptado esa medida sobre la base de un examen razonable y objetivo del caso particular de cada extranjero del grupo (véase Andric, decisión antes citada)». Véase, asimismo, la STEDH de 3 de julio de 2014, *Georgia c. Rusia (I)*, párr. 167: «El Tribunal reitera su jurisprudencia en cuya virtud la expulsión colectiva, dentro de los términos del artículo 4 del Protocolo N.º 4, ha de entenderse como toda medida por la que se compele a extranjeros, como grupo, a salir de un país, salvo en los casos en los que se haya adoptado esa medida sobre la base de un examen razonable y objetivo del caso particular de cada extranjero del grupo». Posteriormente, el Tribunal ha especificado que «el hecho de que una serie de extranjeros sean objeto de decisiones similares no lleva, en sí mismo, a la conclusión de que se trata de una expulsión colectiva, si a cada uno de los interesados, de manera individual, se le ha dado la oportunidad de formular argumentos contra su expulsión ante las autoridades competentes» (véanse, entre otros, la STEDH de 20 de septiembre de 2007, *Sultani c. Francia*, párr. 81, y la STEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, párr. 184). Ello no significa, no obstante, que, si ha habido

artículo 9 enuncia la citada prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros. Esta prohibición figura expresamente en varios tratados internacionales de derechos humanos. En el ámbito universal, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, de 1990, prohíbe expresamente la expulsión colectiva de dichas personas y establece en el párrafo 1 de su artículo 22 que «los trabajadores migratorios y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente». En el ámbito regional, la CADH de 1969, dispone, en su artículo 22, párrafo 9, prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros. El Protocolo n.º 4, de 1963, del CEDH, de 1950, establece en su artículo 4 que «quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros». Del mismo modo, la CADHP dispone, en el párrafo 5 de su artículo 12, que «la expulsión masiva de extranjeros estará prohibida» y define, en la misma disposición, esa forma de expulsión como «aquella dirigida a un grupo nacional, racial, étnico o religioso». Por último, la Carta Árabe de Derechos Humanos estipula en su artículo 26, párrafo 2 *in fine*, que «se prohíbe la expulsión colectiva en todos los casos».

Igualmente, el artículo 10 del proyecto hace referencia a la prohibición de la expulsión encubierta[277]. Este precepto tiene por objeto establecer que un Estado no tiene derecho a utilizar técnicas o medios encubiertos o subrepticios para lograr el mismo resultado que podría conseguir con la adopción de una decisión de expulsión. La previsión que contiene este precepto se basa en los elementos de coerción e intención, y parece ajustarse a los criterios aplicados al respecto por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, que ha examinado varias reclamaciones relativas a situaciones de la misma naturaleza, al igual que ha hecho la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía. Esta Comisión examinó la reclamación en que Etiopía acusaba a Eritrea de ser responsable de expulsiones «indirectas» o «implícitas» de etíopes, contraviniendo el Derecho internacional. La Comisión finalmente desestimó algunas reclamaciones tras constatar que los etíopes en cuestión no habían sido expulsados por el Gobierno de Eritrea ni empujados a marcharse a causa de las políticas gubernamentales, sino que habían abandonado el país por otras razones, como factores económicos o trastornos relacionados con la guerra, de los que Eritrea no era responsable[278].

También entiende la CDI como supuesto incluido entre los comportamientos de un Estado que pueden constituir una expulsión encubierta, en el sentido del proyecto de artículo 10, el apoyo o la tolerancia manifestados por ese Estado respecto de actos ilícitos cometidos por particulares a título individual o colectivo[279]. El apoyo o la tolerancia

---

un examen razonable y objetivo del caso concreto de cada persona, «los antecedentes de la ejecución de las órdenes de expulsión ya no desempeñen papel alguno a la hora de determinar si se ha respetado el artículo 4 del Protocolo N. º 4 (véase la citada STEDH de 5 de febrero de 2002, *Čonka c. Bélgica*, párr. 59).

[277] Artículo 10.2: «A los efectos del presente proyecto de artículo, se entiende por expulsión encubierta la salida forzosa de un extranjero de un Estado que resulte indirectamente de una acción o una omisión atribuible a dicho Estado, también cuando ese Estado apoye o tolere actos cometidos por sus nacionales u otras personas que tengan por objeto provocar la salida de extranjeros de su territorio en una forma no prevista por la ley».

[278] Decisión de la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía de 17 de diciembre de 2004, *Partial Award, Civilians Claims, Ethiopia's Claim 5*, párrs. 91 a 95, (UN, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXVI, pp. 277 y 278).

[279] Véase la Declaración de Principios de Derecho Internacional sobre las Expulsiones en Masa de la Asociación de Derecho Internacional, adoptada en la 62ª Conferencia de la ILA, celebrada en Seúl, 24 a 30

manifestados por un Estado respecto de actos ilícitos cometidos por particulares podían estar comprendidos en la prohibición de la expulsión encubierta si dicho apoyo o dicha tolerancia constituían «una acción o una omisión atribuible a dicho Estado (...) que tengan por objeto provocar la salida de extranjeros de su territorio». Se entiende que deben establecerse requisitos particularmente estrictos a este respecto cuando se trata de una simple tolerancia que no viene acompañada de acciones positivas de apoyo por el Estado a los actos cometidos por particulares[280].

El artículo 11 contempla la prohibición de la expulsión con el fin de confiscar bienes, conducta incompatible con el principio fundamental enunciado en la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven[281], según el cual «ningún extranjero será privado arbitrariamente de sus bienes legítimamente adquiridos»[282]. Cabe señalar, tal y como resaltó en sus comentarios al proyecto la CDI que, esta prohibición no se aplicaría a las situaciones en que la confiscación de bienes sea la sanción que, con arreglo a la ley, se impone a un extranjero por la comisión de una infracción que conlleve tal consecuencia.

Finalmente, el artículo 12 establece la prohibición de recurrir a la expulsión con el fin de eludir un procedimiento de extradición en curso, en lo que se ha referido la doctrina y los tribunales como una «extradición encubierta»[283]. Según lo dispuesto en el

---

de agosto de 1986. La definición del término «expulsión» que figura en dicha Declaración también se aplica en aquellos casos en que la salida forzosa de personas se logra por medios distintos a una decisión formal de las autoridades del Estado. Esta definición, en efecto, incluye los supuestos en que un Estado apoya, instiga o tolera actos cometidos por sus ciudadanos con la intención de provocar la salida de algunas personas de su territorio. Según la Declaración, «... "expulsión" en el contexto de la presente Declaración puede definirse como el acto, o la omisión, de un Estado que tiene por finalidad obligar a ciertas personas a salir en contra de su voluntad del territorio de dicho Estado, por motivos de raza, nacionalidad, pertenencia a un grupo social determinado u opiniones políticas; (...) "la omisión" puede incluir situaciones en que las autoridades de un Estado toleran actos de sus ciudadanos, o incluso los instigan o contribuyen a su comisión, con la finalidad de hacer salir a grupos o categorías de personas del territorio de ese Estado, o situaciones en que las autoridades crean un clima de temor que tiene como consecuencia la huida de personas motivada por el pánico, no garantizan la protección de esas personas u obstaculizan su regreso posterior (...)» (p. 13).

[280] Véase CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 2001 – Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones* (Documento A/56/10), vol. II (segunda parte), artículos anexos a la Resolución de la AGNU de 12 de diciembre de 2001, A/RES/56/63.

[281] Adoptada en la Resolución de la AGNU de 13 de diciembre de 1985, A/RES/40/144, anexo.

[282] *Ibid.*, art. 9.

[283] Véase la STEDH de 18 de diciembre de 1986, *Bozano c. Francia*, págs. 52-60, en especial la conclusión del Tribunal en el párrafo 60: «En consecuencia, el Tribunal, vistas todas las circunstancias del caso y basándose en una serie de elementos concordantes, llega a la conclusión de que la privación de libertad de que fue objeto el demandante en la noche del 26 al 27 de octubre de 1979 no era "legal", en el sentido del artículo 5, párrafo 1 f), ni compatible con el "derecho a la seguridad". Se trataba en realidad de una medida de extradición encubierta, destinada a eludir el pronunciamiento desfavorable que la Sala de Acusación del Tribunal de Apelación de Limoges emitió el 15 de mayo de 1979, y no de una "detención cautelar" necesaria en el marco normal de un "procedimiento de expulsión". A este respecto las conclusiones del presidente del tribunal de primera instancia de París, aunque carentes de la autoridad de cosa juzgada, y del Tribunal Administrativo de Limoges, aun cuando solo tenía que resolver sobre la legalidad del auto de 17 de septiembre de 1979, revisten a juicio del Tribunal una importancia capital; ponen de manifiesto la vigilancia de que hicieron muestra los jueces franceses. Ha habido, pues, violación del artículo 5, párrafo 1, del Convenio».

proyecto de artículos cabe entender que cuando el único objetivo no sea el de eludir[284] un procedimiento de extradición, el Estado expulsor conserva el derecho de expulsar a un extranjero cuando se cumplan las condiciones para ello.

3. La protección de los derechos de los extranjeros objeto de expulsión. Protección de la integridad personal, del respeto a la vida familiar y de los bienes

La tercera parte del texto de la CDI regula la protección de los derechos de los extranjeros objeto de expulsión. Recalamos en este aspecto ya que se cuestiona aquí la discriminación en los derechos de las personas extranjeras y es objeto de debate, plasmándolo finalmente sobre un instrumento internacional que si bien nació con intención de sobrevivir, permanece aún en el limbo de los proyectos.

a) Protección de la integridad personal

Así, llama la atención, en primer lugar, el acuerdo al que se llegó en la última votación para recoger expresamente en el texto la prohibición de discriminación en el goce de los derechos de los extranjeros, ya que los textos iniciales no contenían tal previsión[285].

En segundo lugar, algunos de los derechos referidos, van a configurarse y servir también como límites a la expulsión, especialmente en lo que se refiere a la protección de su integridad personal, como el respeto a la vida, la no discriminación o el respeto a los derechos de las personas vulnerables, sobre los que profundizaremos al estudiar los límites a la expulsión. Vamos a llamar la atención aquí sobre el artículo 17 del proyecto, que establece la forma más absoluta de protección frente a la expulsión que existe por cuanto no admite excepciones, tal y como veremos en el Capítulo específico, estableciendo este precepto que «el Estado expulsor no someterá a un extranjero a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes».

Obsérvese que la referencia a tratos o penas «crueles» no se contempla en otros textos, por ejemplo, en el CEDH de 1950, aunque sí en la Convención sobre la prohibición de la tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984[286].

Por otro lado, en este ámbito de la integridad personal cabe incluir la referencia contenida en el artículo 19 sobre la detención del extranjero a efectos de su expulsión. Tal y como subraya la Relatora Especial de la CDI, Gabriela Pizarro, el proyecto de artículo enuncia el carácter no arbitrario y no punitivo de la detención de un extranjero con la finalidad de su expulsión[287], y se enuncian las consecuencias de este principio, garantías,

---

[284] El término «eludir», según la CDI, presume la intención del Estado expulsor de servirse del procedimiento de expulsión con el solo propósito de sustraerse a las obligaciones que le incumben en el marco de un procedimiento de extradición.

[285] Véase el artículo 14: «Prohibición de la discriminación. El Estado expulsor respetará los derechos del extranjero objeto de expulsión sin discriminación alguna 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».

[286] Véase, a este respecto, el apartado sobre el límite a la expulsión que supone el *non refoulement.*

[287] Véase RODRÍGUEZ PIZARRO, G., *Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos –*

duración y circunstancias excepcionales. Se contempla también como garantía que un extranjero detenido a efectos de su expulsión debe estar separado de las personas condenadas a penas de privación de libertad.

Algo incluido ya en la garantía que se reconoce a los procesados, en su condición de personas no condenadas, en el artículo 10, párrafo 2 a), del PIDCP, como se deduce de la posición defendida por el Comité de Derechos Humanos en sus comentarios sobre la expulsión[288].

Por su parte, el Tribunal Internacional de Justicia también ha defendido que el ámbito de aplicación de las disposiciones del artículo 9 del PIDCP relativas a la detención no se limitan a los procedimientos penales, sino que «en principio, también se aplican a las medidas privativas de libertad adoptadas en el contexto de un procedimiento administrativo, como las que pueden resultar necesarias para ejecutar una medida de expulsión forzada de un extranjero del territorio nacional»[289].

b) Respeto a la vida familiar

En tercer lugar, este apartado contiene una referencia al respeto a la vida familiar en el artículo 18, que establece la obligación de respetar el derecho a la vida familiar del extranjero objeto de expulsión. Este derecho a la vida familiar está recogido tanto en instrumentos universales como regionales de protección de los derechos humanos.

Así, en el ámbito universal, cabe citar el PIDCP, que dispone en su artículo 17.1 que «nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación».

Asimismo, a tenor del artículo 5, párrafo 1 b), de la Declaración de los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, los extranjeros gozan del derecho a la «protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en la intimidad, la familia, el hogar o la correspondencia».

Trabajadores migrantes, E/CN.4/2003/85, 30 de diciembre de 2002, párr. 43: «La detención administrativa nunca debe ser de carácter punitivo».

[288] El Comité señala que, si el procedimiento de expulsión entraña detención, tal vez también sean aplicables las salvaguardias del Pacto relativas a la privación de libertad. En este sentido, el artículo 9 del Pacto dispone lo siguiente: «1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta. 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que este decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa tendrá el derecho efectivo a obtener reparación».

[289] Sentencia del TIJ de 30 de noviembre de 2010, *Ahmadou Sadio Diallo, op.cit.*, en especial p. 668, párr. 77.

En el ámbito regional, el CEDH dispone en su artículo 8 que «toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar (...)». Asimismo, la CDFUE lo contempla también en su artículo 7[290].

Por su parte, la CADHP, abiertamente partidaria de la protección de la familia, no contempla en concreto este derecho, como sí lo hacen, por el contrario, la CADH en su artículo 11, y la Carta Árabe de Derechos Humanos en su artículo 21.

Es preciso adelantar también que el concepto de vida familiar ha evolucionado y se ha extendido más allá del matrimonio heterosexual, para incluir las situaciones de parejas de hecho, tal y como ha reconocido el TEDH en ciertas ocasiones[291]. Por otro lado, se amplía el concepto de vida familiar para incluir la formada por madre o padre solteros o divorciados con sus hijos[292], o incluso entre un transexual y el hijo de su pareja[293].

Sin embargo, los reparos jurídicos aparecen y permanecen en el supuesto de las parejas homosexuales. La Comisión Europea de Derechos Humanos[294], al resolver en 1983 el caso de una pareja formada entre un británico y un ciudadano malasio entendió que la relación que mantenían los demandantes no se podía incluir en el respeto a la vida familiar al que hace referencia el artículo 8 del Convenio, por lo que entendía que la expulsión del nacional malayo no vulneraba el derecho a la vida familiar (aunque si erosionaba el derecho a la vida privada)[295]. Así, el TEDH ha reconocido esta realidad de parejas del mismo sexo en el ámbito del respeto a la vida privada, concepto más ambiguo que el derecho a la vida familiar. Sin embargo, en el Proyecto de expulsión de la CDI no se llegó a incluir el mencionado respeto a la vida privada de los extranjeros, ya que se consideró finalmente que su problemática excedía de la expulsión de los extranjeros, de ahí que queramos hacer ahora una llamada a los casos similares que sí aparecen contemplados en otros instrumentos jurídicos, tal y como hemos visto, y en la propia jurisprudencia del TEDH y del Comité de Derechos Humanos[296].

---

[290] Como veremos al tratar el ámbito del Derecho de la UE, este derecho se recoge en la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho de reagrupación familiar y en la ya citada Directiva 2004/38/CE.

[291] Véanse, por ejemplo, la STEDH de 2 de noviembre de 2010, *Serife Yigit c. Turquía* o el caso de Lebbink c. Alemania de 2004 ¿?.

[292] Véanse la STEDH de 13 de junio de 1979, *Marckx c. Bélgica* y la STEDH de 21 de diciembre de 2010, *Anayo c. Alemania*.

[293] STEDH de 22 de abril de 1997, *X, Y y Z, c. Reino Unido*.

[294] La Comisión Europea de Derechos Humanos fue un tribunal especial del Consejo de Europa. Desde 1954 hasta la entrada en vigencia del Protocolo 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos, los individuos no podían tener acceso directo a la Corte Europea de Derechos Humanos, sino que debían acudir a la Comisión, que establecía si el caso estaba bien fundado como para ser analizado en la Corte. El Protocolo 11, cuya vigencia inició el 31 de octubre de 1998, abolió la Comisión, y permitió que los individuos pudieran acudir a la Corte directamente. Sin embargo, de acuerdo con el Protocolo 11, la Comisión continuó en funciones durante un año más (hasta el 31 de octubre de 1999) para instruir los casos declarados admisibles por ella antes de la entrada en vigor del Protocolo.

[295] Véase, en general, BOLLO AROCENA, Mª. D., «Límites personales y materiales al derecho de los Estados a la expulsión de extranjeros. Una visión desde el Derecho Internacional Público» en AA.VV, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria Gasteiz*, Tecnos, Vitoria, 2012.

[296] CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 61.º período de sesiones*, Documento A/64/10, 2009, pp. 130-145.

Por otro lado, no conviene olvidar que la obligación de respetar el derecho a la vida familiar del extranjero no supone tampoco una protección absoluta contra la expulsión. Así, el artículo 18 del proyecto de la CDI dispone que «el Estado expulsor respetará el derecho a la vida familiar del extranjero objeto de expulsión». Y añade que «no interferirá de manera arbitraria o ilícita en el ejercicio de ese derecho», es decir, *sensu contrario*, sí podría hacerlo cuando no actúe arbitraria o ilícitamente. Limitación que figura también incluida en el artículo 17 del PIDCP y en el artículo 21 de la Carta Árabe de Derechos Humanos, así como en el artículo 8 del CEDH.

Por su parte, la jurisprudencia del TEDH consagra en sus pronunciamientos que el Estado expulsor no interferirá en el ejercicio del derecho a la vida familiar salvo en los casos previstos por la ley y manteniendo un «justo equilibrio» entre los intereses del Estado y los del extranjero en cuestión. En el asunto *Moustaquim c. Bélgica*, el Tribunal estimó que la expulsión del Sr. Moustaquim no cumplía esta condición ya que la larga estancia del demandante en Bélgica, junto con las relaciones establecidas por sus familiares y allegados con el país, así como el periodo de tiempo transcurrido entre la última infracción cometida por el Sr. Moustaquim y la resolución de expulsión, pesaron para que el Tribunal concluyera que la medida no era «necesaria», ya que «no se había garantizado un justo equilibrio entre los intereses en juego, produciendo una desproporción entre el medio utilizado y el objetivo legítimo que se pretendía alcanzar»[297].

En el asunto *Boultif c. Suiza*, el Tribunal enumeró una lista de criterios que debían aplicarse para determinar si la injerencia en la vida familiar resultante de una expulsión constituía una medida que era «necesaria en una sociedad democrática»[298].

c) La protección de los bienes del extranjero

Finaliza este Capítulo del proyecto de artículos de la CDI con el artículo 20, sobre la protección de los bienes del extranjero objeto de expulsión, enunciando dos obligaciones que incumben al Estado expulsor. La primera se refiere a la adopción de medidas para proteger los bienes del extranjero, y la segunda a la libre disposición por

[297] Véanse, asimismo, la STEDH de 13 de julio de 1995, *Nasri c. Francia* y la STEDH de 20 de marzo de 1991, *Cruz Varas y otros c. Suecia*.

[298] Véase la STEDH de 2 de agosto de 2001, *Boultif c. Suiza*. Los citados criterios se refieren fundamentalmente al carácter y la gravedad de la infracción cometida por el demandante, la duración de la estancia del demandante en el país del que va a ser expulsado; el tiempo transcurrido desde la comisión del delito y muchos otros factores relacionados con los vínculos familiares del demandante, en particular sus hijos: «El Tribunal solo ha resuelto un número limitado de casos en los que el principal obstáculo para la expulsión era que esta crearía dificultades para que los cónyuges permanecieran juntos, en particular si uno de ellos o los hijos se trasladaran a vivir en el país de origen del otro. Por lo tanto, es necesario establecer unos principios rectores para determinar si la medida en cuestión era necesaria en una sociedad democrática. Al evaluar los criterios pertinentes en este tipo de casos, el Tribunal deberá considerar el tipo y la gravedad del delito cometido por el demandante; la duración de la estancia del demandante en el país del que va a ser expulsado; el tiempo transcurrido desde que ha cometido el delito y el comportamiento del demandante durante ese período; la nacionalidad de las distintas personas afectadas; la situación familiar del demandante, por ejemplo, el tiempo que lleva casado; otros factores que demuestren que la pareja ha vivido verdaderamente en familia; si el cónyuge tenía conocimiento del delito en el momento en que inició la relación de familia, y si el matrimonio tiene hijos y, de ser así, la edad de los mismos. Además, el Tribunal deberá considerar la gravedad de las dificultades con que pueda tropezar el demandante en su país de origen, aunque el mero hecho de que una persona pueda enfrentarse a ciertas dificultades al acompañar a su cónyuge no es motivo suficiente para descartar la expulsión» (párr. 48).

este de sus bienes. Esta materia es de gran trascendencia, ya que su negación ha dado lugar a reclamaciones internacionales[299]. Incluso entre las citadas Reglas internacionales sobre la admisión y expulsión de extranjeros, el IDI incluyó una disposición según la cual los extranjeros domiciliados, residentes o que tuvieran un establecimiento comercial en el Estado expulsor debían tener la oportunidad de liquidar sus asuntos e intereses. Nos referimos al artículo 41:

«La expulsión de extranjeros domiciliados, residentes o que tengan un establecimiento mercantil no deberá decretarse sino de manera que no defraude la confianza que hubieran tenido en las leyes del Estado. Deberá dejarles la libertad para utilizar, bien directamente, a ser posible, o bien por medio de terceros elegidos por ellos, todas las vías legales para liquidar sus asuntos e intereses, tanto activos como pasivos, en el territorio».

Más de un siglo después, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos declaró, en el asunto *Rankin c. The Islamic Republic of Iran*, en 1987, que una expulsión era ilícita si se privaba al extranjero interesado de la posibilidad razonable de proteger sus intereses patrimoniales[300].

Además, esta protección de los bienes del extranjero se ha contemplado en no pocos instrumentos internacionales, comenzando por el reconocimiento general del artículo 17.2 de la DUDH, según el cual «nadie será privado arbitrariamente de su propiedad».

En el caso más particular, referido expresamente a la expulsión de extranjeros, hace referencia la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, en su artículo 22:

> «6. En caso de expulsión, el interesado tendrá oportunidad razonable, antes o después de la partida, para arreglar lo concerniente al pago de los salarios y otras prestaciones que se le adeuden y al cumplimiento de sus obligaciones pendientes.
>
> (…)

[299] Por ejemplo, en el asunto *Hollander*, los Estados Unidos solicitaron a Guatemala una indemnización por la expulsión sumaria de uno de sus nacionales y señalaron que el Sr. Hollander «... fue literalmente arrojado fuera del país, donde dejó a su mujer e hijos, su negocio, sus bienes, todo lo que más apreciaba y lo que dependía de él. [Los Estados Unidos alegaron que,] con independencia de las facultades que le atribuyan sus leyes, el Gobierno de Guatemala, en tiempo de paz y de tranquilidad interior, no tenía derecho a expulsar a Hollander sin previo aviso y sin darle la oportunidad de tomar medidas en relación con su familia y su negocio por un presunto delito que habría cometido más de tres años antes...» (BASSETT MOORE, J., *History and Digest…, op.cit.,* p. 107). Véase también la Carta del Departamento de Estado de los Estados Unidos a un miembro del Congreso de 15 de diciembre de 1961 (caso del Dr. Breger) «En cuanto a la expulsión del Dr. Breger de la isla de Rodas en 1938, cabe señalar que, en virtud de los principios generales de Derecho internacional, un Estado puede expulsar a un extranjero cuando quiera, con tal de que no ejecute la expulsión de manera arbitraria, por ejemplo haciendo uso de una fuerza innecesaria o denegando al extranjero una oportunidad razonable de salvaguardar sus bienes. En vista de la declaración del Dr. Breger, según la cual las autoridades italianas le ordenaron que saliera de la isla de Rodas en un plazo de seis meses, parece dudoso que la responsabilidad internacional del Gobierno italiano pueda fundarse en el motivo de que no se le diera tiempo suficiente para salvaguardar sus bienes» (HARRIS, D. J., *Cases and Materials on International Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 2010 (7ª ed.), p. 470).

[300] Véase el Laudo del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos de 3 de noviembre de 1987, *Rankin c. The Islamic Republic of Iran* en MACGLASHAN, M.E., *Iran-United States Claims Tribunal Reports, op.cit.*, p. 147, párr. 30 e).

9. La expulsión del Estado de empleo no menoscabará por sí sola ninguno de los derechos que haya adquirido de conformidad con la legislación de ese Estado un trabajador migratorio o un familiar suyo, incluido el derecho a recibir los salarios y otras prestaciones que se le adeuden».

En el ámbito regional, hay numerosas muestras del mencionado reconocimiento genérico, así el artículo 14 de la CADHP establece que «estará garantizado el derecho a la propiedad. Este solamente podrá ser usurpado en el interés público o general de la comunidad y de conformidad con las disposiciones de las leyes adecuadas».

La CADH dispone en su artículo 21, relativo al derecho a la propiedad privada, lo siguiente:

«1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley».

Asimismo, el artículo 1 del Protocolo adicional n. º1, de 1952, al CEDH reconoce lo siguiente:

«Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho internacional».

Por último, el artículo 31 de la Carta Árabe de Derechos Humanos, de 1994, dispone que «el derecho a la propiedad privada está garantizado a todas las personas y se prohíbe en todos los casos confiscar arbitraria o ilegalmente la totalidad o parte de los bienes de una persona».

Sin embargo, esta regla enunciada en el proyecto de artículo 20 y reconocida, como hemos visto, por la mayor parte de instrumentos internacionales debe entenderse sin perjuicio del derecho que se reconoce a todo Estado de expropiar o nacionalizar los bienes de un extranjero, de conformidad con las normas aplicables de Derecho internacional.

Por otro lado, la cuestión de los derechos de propiedad de extranjeros enemigos en tiempo de conflicto armado no se aborda específicamente en este proyecto de articulado de 2014 ya que la CDI optó por no tratar los aspectos de la expulsión de extranjeros en tiempo de conflicto armado. Esta cuestión fue objeto de un examen detallado por la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía de 2004[301].

[301] Véase la ya citada Decisión de la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía de 17 de diciembre de 2004, *op.cit.*

4. Protección otorgada por el Estado de destino

El capítulo tercero del proyecto se centra en la protección en relación con el Estado de destino. El proyecto de artículo 21 se refiere a la protección que el Estado expulsor debe proporcionar al extranjero objeto de expulsión en relación con su salida hacia el Estado de destino, abarcando tanto el supuesto de una salida voluntaria como el de una ejecución forzosa de la resolución de expulsión[302].

Destaca la CDI en su comentario al artículo 21 que, cuando el transporte del extranjero al Estado de destino se efectúe, por ejemplo, por avión, la referencia al Derecho internacional comprende las normas sobre el transporte aéreo, en particular la reglamentación de la OACI[303]. A ese respecto, es preciso mencionar que el Convenio de Chicago sobre Aviación Civil Internacional de 1944, en su anexo 9 dispone, entre otras cosas:

«Durante el período en que un pasajero no admisible, o una persona que va a ser deportada, estén bajo la custodia de funcionarios del Estado, estos deberán preservar la dignidad de dichas personas y no adoptar medidas que puedan violar dicha dignidad»[304].

Asimismo, este precepto contiene la exigencia de la concesión de un plazo razonable para preparar la salida del extranjero, lo que debe entenderse a la luz de la necesidad de permitir al extranjero objeto de expulsión que proteja de manera adecuada sus derechos de propiedad y demás intereses en el Estado expulsor.

Por lo que respecta a la determinación del Estado de destino del extranjero objeto de expulsión, se contempla en el artículo 22 del proyecto[305]. El párrafo 1 se refiere, en primer lugar, al Estado de nacionalidad del extranjero, ya que es indiscutible que dicho Estado tiene la obligación de recibirlo con arreglo al Derecho internacional[306].

---

[302] El retorno voluntario del extranjero objeto de expulsión es el que más respeta la dignidad humana y, al mismo tiempo, el de más fácil gestión administrativa. Se trata de un proceso de expulsión en que la ejecución se negocia entre el Estado expulsor y el extranjero afectado por la medida de expulsión. En 2005, el Comité de Ministros del Consejo de Europa insistió en este retorno voluntario, al afirmar que «el Estado de acogida deberá adoptar medidas que alienten el retorno voluntario, que es preferible al forzado» (véanse las Veinte directrices sobre el retorno forzoso, adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 4 de mayo de 2005, Documento CM(2005)40 final, 9 de mayo de 2005). En el mismo sentido, la Comisión de las Comunidades Europeas indicó, en su propuesta de Directiva sobre el retorno, de 1 de septiembre de 2005, que la decisión sobre el retorno «establecerá un oportuno plazo para la salida voluntaria de hasta cuatro semanas, a menos que haya razones para creer que la persona concernida pudiera fugarse durante dicho período» (véase la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 1 de septiembre de 2005, relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio, COM (2005) 391 final).

[303] CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66.º período de sesiones*, Documento A/69/10, 2014, p. 49.

[304] Sobre el respeto a la dignidad en este caso, véase el Laudo de 4 de septiembre de 1875, *Lacoste c. Mexico (Comisión Mexicana*), *op.cit*.

[305] Art. 22.1: «El extranjero objeto de expulsión será expulsado al Estado de su nacionalidad o a cualquier otro Estado que tenga la obligación de acogerlo en virtud del Derecho internacional, o a cualquier Estado que acepte acogerlo a solicitud del Estado expulsor o, en su caso, del interesado».

[306] Véanse, en particular, el art. 6.2 de la Convención sobre la Condición de los Extranjeros en los Territorios Respectivos de las Partes Contratantes, aprobada por la VI Conferencia Internacional Americana, firmada en La Habana el 20 de febrero de 1928: «Los Estados están obligados a recibir a los nacionales que, expulsados del extranjero, se dirijan a su territorio», y el art. 2 de las Reglas internacionales sobre la

El párrafo 2 del artículo alude al supuesto de que no se haya podido identificar al Estado de nacionalidad ni a ningún otro Estado que tenga la obligación de recibir al extranjero en virtud del Derecho internacional[307]. En tal caso, se entiende que el extranjero podrá ser expulsado a cualquier Estado en que tenga derecho de entrada o estancia o, cuando sea aplicable, al Estado desde el que entró en el Estado expulsor. Debe entenderse por tal, en primer lugar, al Estado de embarque, o del que saliera si no hubiera utilizado el transporte aéreo.

Por otro lado, los acuerdos de readmisión son importantes también para determinar el Estado de destino de un extranjero expulsado, así como el cumplimiento de las normas pertinentes de Derecho internacional, en particular las relativas a la protección de los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión.

Por último, la determinación del Estado de destino del extranjero objeto de expulsión debe tener en cuenta las obligaciones recogidas en el proyecto de artículo 6. b) (prohibición de la devolución o *refoulement*), y las que se recogen en los proyectos de artículos 23 y 24, que prohíben expulsar a un extranjero a un Estado en el que su vida estaría amenazada o a un Estado en el que dicho extranjero pueda ser sometido a torturas o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Así, el artículo 23 prohíbe expulsar a un extranjero «a un Estado en el que su vida estaría amenazada» por alguno de los motivos enumerados en el proyecto de artículo 14, relativo a la obligación de no discriminar, y que coinciden con los enumerados en el artículo 2, párrafo 1, del PIDCP. En cuanto a la prohibición de toda discriminación en razón de «la orientación sexual», que no aparece expresamente mencionada aquí, ya que no está universalmente reconocida (sí lo está en nuestra normativa, por ejemplo, como veremos), existe una tendencia en la práctica internacional y en la jurisprudencia a reconocerla[308].

El párrafo 2 del proyecto del artículo 23 refiere al supuesto en el que la vida del extranjero objeto de expulsión esté amenazada en el Estado de destino por la imposición o ejecución de la pena de muerte, salvo que hubiese obtenido previamente la garantía de que no se impondría dicha pena o que, de haber sido impuesta ya, no sería ejecutada. La posición que ha adoptado el Comité de Derechos Humanos es la de que, en virtud del

admisión y expulsión de extranjeros del IDI: «En principio, un Estado no debe prohibir el acceso a su territorio ni la permanencia en él a sus súbditos o a los que, tras haber perdido su nacionalidad en ese Estado, no hayan adquirido otra nacionalidad». Véase asimismo el artículo 32, párrafo 3, de la Convención de Ginebra.

[307] Para ejemplos, véase ROBERT, J. y WATTS, A. (eds.), *Oppenheim's International Law, op.cit.,* pp. 898 y 899, donde se hace referencia, entre otros instrumentos, al Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957; el Protocolo que exime a los nacionales de Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia de la obligación de disponer de un pasaporte o un permiso de residencia para permanecer en un país nórdico distinto del suyo, firmado el 22 de mayo de 1954 (Islandia se adhirió al Protocolo en 1955); el Convenio entre Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia relativo a la supresión del control de pasaportes en las fronteras entre los países nórdicos, firmado en 1957 (Islandia pasó a ser parte en el Acuerdo en 1966), modificado por un acuerdo ulterior de 1979 y el Convenio entre Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos relativo a la transferencia del control de las personas a las fronteras exteriores del territorio del Benelux, de 1960.

[308] Véanse, entre otros, la STEDH de 17 de noviembre de 2020, *B. y C. c. Suiza*; la STEDH de 17 de enero de 2012, *Abu Qatada c. The United Kingdom*; el Dictamen del CCPR de 12 de julio de 2016, *M.K.H c. Dinamarca*; la Decisión del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 26 de febrero de 2018, *AS c. Dinamarca* o la Decisión del CCPR de 13 de marzo de 2020, *MB c. Canadá*.

artículo 6 del PIDCP[309], un Estado que haya abolido la pena de muerte no podrá expulsar a una persona a otro Estado en el que esa persona haya sido condenada a muerte, sin haber obtenido previamente garantías de que no va a ejecutarse la condena[310].

5. Protección absoluta del Estado receptor de expulsión

Por su parte, el enunciado del proyecto de artículo 24, con el que termina el capítulo, consagra la obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que existan razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometido a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, inspirándose en el artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984[311]. Aunque, como señala la CDI, la Convención limita «textualmente» la obligación de no expulsión a los actos de tortura, sin hacerla extensiva a las situaciones de trato o pena cruel, inhumano o degradante. Por tanto, en este sentido estricto, el proyecto de articulado amplía el alcance de esta obligación que ya se reconoce también en otros instrumentos internacionales y en determinados sistemas regionales[312].

A nivel universal, la Observación general n.º 20 de 1992 del Comité de Derechos Humanos señala que «los Estados partes no deben exponer a las personas al peligro de ser sometidas a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes al regresar a otro país tras la extradición, la expulsión o la devolución»[313]. En el dictamen relativo al asunto *Maksudov y otros c. Kirguistán*, de 31 de julio de 2008, el Comité de Derechos Humanos, en línea con el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recordó el principio enunciado en la citada Observación y añadió que «no debe supeditarse a consideraciones relativas a la seguridad nacional o al tipo de conducta de

[309] Art.6: «2. 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».

[310] Véase el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 5 de agosto de 2003, comunicación n.º 829/1998, *asunto R. Judge c. el Canadá*, Documento A/58/40, p. 90, párr. 10.6: «Por estos motivos, el Comité considera que el Canadá como Estado parte que ha abolido la pena capital, independientemente de que aún no haya ratificado el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto destinado a abolir la pena de muerte, violó el derecho del autor a la vida a tenor del párrafo 1 del artículo 6 al expulsarlo a los Estados Unidos, donde está condenado a muerte, sin exigir garantías de que la condena no se ejecutaría. 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». No obstante, desarrollamos en profundidad este tema en el apartado de este trabajo relativo al *non refoulement*, al cual nos remitimos.

[311] Artículo 3: «1. 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. 2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos».

[312] Véase el bloque segundo sobre el *non refoulement.*

[313] Véase la Observación general n.º 20 del Comité de Derechos Humanos, «Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7)», HRI/GEN/1/Rev.6, 10/03/92, p. 173, párr. 9.

que es acusada o sospechosa la persona»[314]. Es decir, que la conducta o la sospecha sobre el individuo no deben considerarse a la hora de respetar este principio, por lo que se trata de un principio absoluto que no admite excepciones, tal como profundizaremos en los capítulos sobre el principio de *non refoulement.*

A nivel regional, este enfoque global se ha reafirmado en la jurisprudencia del TEDH relativa al artículo 3 del CEDH, según la cual la prohibición de los malos tratos enunciada en este precepto es absoluta también en materia de expulsión. Así pues, cada vez que se haya probado la existencia de razones fundadas para creer que una persona estaría realmente en peligro de ser sometida a tratos contrarios al artículo 3 si fuera expulsada a otro Estado, la responsabilidad del Estado contratante de protegerla contra tales tratos nace en caso de expulsión. En estas circunstancias, las actividades de la persona en cuestión, por indeseables o peligrosas que sean, no pueden ser tenidas en cuenta[315].

En cuanto a la determinación de la existencia de «razones fundadas» para creer que estaría en peligro de ser sometido a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes que menciona este proyecto de artículo 24, dado que lo trataremos en profundidad en el capítulo correspondiente, conviene ahora simplemente recordar el artículo 3.2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984, que exige que las autoridades competentes tengan en cuenta «todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos»[316].

6. Protección del Estado de tránsito

El Capítulo IV, formado por un solo artículo (art. 25), regula la protección en el Estado de tránsito, indicando expresamente que este último solo tiene que respetar sus propias obligaciones, derivadas de convenciones internacionales en las que es parte o de normas de Derecho internacional general y, por tanto, no así aquellas obligaciones que solo vinculan al Estado expulsor.

---

[314] Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 31 de julio de 2008, comunicaciones nº 1461/2006, 1462/2006, 1476/2006 y 1477/2006, *Maksudov y otros c. Kirguistán,* párr. 12.4.

[315] Véase la STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, págs. 72 a 107. En el párrafo 80, el Tribunal afirma lo siguiente: «La prohibición de los malos tratos enunciada en el artículo 3 es igualmente absoluta en materia de expulsión. Así pues, cada vez que se haya probado la existencia de razones fundadas para creer que una persona estaría realmente en peligro de ser sometida a tratos contrarios al artículo 3 si fuera expulsada a otro Estado, la responsabilidad del Estado Contratante de protegerla contra tales tratos nace en caso de expulsión. En estas circunstancias, las actividades de la persona en cuestión, por indeseables o peligrosas que sean, no pueden ser tenidas en cuenta. La protección que ofrece el artículo 3 es, pues, más amplia que la prevista en los artículos 32 y 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de las Naciones Unidas, de 1951...».

[316] Véanse, entre otros, el Dictamen del Comité contra la Tortura de 27 de abril de 1994, comunicación n.º 13/1993, *Mutombo c. Suiza*, CAT/C/12/D/13/1993; el Dictamen del Comité contra la Tortura de 15 de noviembre, comunicación n.º 15/1994, *Khan c. el Canadá*, A/50/44; Dictamen del Comité contra la Tortura de 8 de mayo de 1996, comunicación n.º 41/1996, *Kisoki c. Suecia*, CAT/C/16/D/41/1996.

La trascendencia de este precepto se refuerza si recordamos, tal y como también hace la CDI, que la ejecución de una decisión de expulsión implica, a menudo, el tránsito del extranjero por uno o varios Estados antes de llegar al Estado de destino[317].

7. Reglas específicas de procedimiento contempladas en el proyecto de la CDI

La cuarta parte del proyecto establece reglas específicas de procedimiento, comenzando con una lista de derechos procesales de los que debe gozar todo extranjero objeto de expulsión, independientemente de que su presencia en el territorio del Estado expulsor sea legal o no, con la única excepción de los extranjeros que se encuentren ilegalmente en el territorio de ese Estado desde hace poco tiempo[318].

De los derechos procesales que contempla, vamos a destacar aquí, en primer lugar, el derecho a ser notificado de la resolución de expulsión, garantía esencial del extranjero objeto de expulsión. En 1892, el IDI ya consideró que «la orden de expulsión será notificada al expulsado»[319] y que «si el expulsado tiene la facultad de recurrir a un alto tribunal judicial o administrativo, deberá ser informado, en la misma orden, tanto de esta circunstancia como del plazo que debe observarse»[320].

Esta condición fue incorporada también en el artículo 22 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, de 1990, además de estar recogida en la legislación interna de una gran parte de Estados, entre ellos el nuestro[321].

En segundo lugar, se enuncia el consolidado derecho a recurrir la decisión de expulsión[322]. En el ámbito universal, recordamos el artículo 13 del PIDCP que reconoce a la persona amenazada de expulsión el derecho a exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión «a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello».

El artículo 7 de la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, de 1985, enuncia el mismo derecho:

«Un extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado solo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley y, a menos que

---

[317] Aunque suela recurrirse al retorno directo, el retorno de personas en situación irregular puede exigir el tránsito por distintos aeropuertos para realizar la conexión con el tercer Estado de destino. Véase el Punto 3.3 de COMISIÓN EUROPEA, *Libro verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales, Comisión Europea*, COM (2002) 175 final, 10 de abril de 2002.
[318] Artículo 26, párrafo 4 del proyecto.
[319] «Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers» en IDI, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. XII, 1892-1894, Sesión de Ginebra, art. 30.
[320] *Ibid.*, art. 31.
[321] Véase AGDU, *Expulsión de extranjeros – Memorando de la Secretaría (58º periodo de sesiones de la CDI)*, documento A/CN.4/565, 10 de julio de 2006, párr. 649.
[322] A modo de ejemplo de legislaciones internas, véanse los arts. L. 522 1 y L522-2 del Código de entrada y residencia de extranjeros y del derecho de asilo en Francia o la Ley de Extranjería de Suecia.

razones imperiosas de seguridad nacional lo impidan, se le permitirá que presente sus razones para oponerse a que lo expulsen […]».

En el plano regional, el artículo 1, párrafo 1 a) del Protocolo n. º 7 al CEDH dispone que un extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado y sea objeto de una medida de expulsión deberá poder «hacer valer las razones que se opongan a su expulsión».

En este mismo sentido, se reconoce también el derecho del extranjero a ser oído en el marco de un procedimiento de expulsión. Entiende la CDI que, considerando las divergencias existentes en la práctica de los Estados, resulta complejo pretender que el Derecho internacional reconozca al extranjero objeto de expulsión el derecho a ser oído en persona por una autoridad competente, es decir, no se consagra el derecho a comparecer personalmente[323], pero sí el derecho a recurrir la orden de expulsión, aunque se trate de un inmigrante en situación irregular[324].

El último apartado hace referencia al supuesto de los extranjeros que se encuentren ilegalmente en el territorio del Estado expulsor «desde hace poco tiempo». Varias legislaciones nacionales prevén procedimientos simplificados para la expulsión de extranjeros cuya presencia en su territorio es ilegal, incluso sin la posibilidad de impugnar la expulsión. Sin embargo, la Comisión resaltó la conveniencia de reconocer los derechos procesales enunciados incluso a los extranjeros que se encuentren ilegalmente «siempre que esa presencia haya tenido una duración mínima». Según la legislación de algunos países, dicha duración no debe ser superior a seis meses[325].

Por su parte, el proyecto de artículo 27 reconoce un efecto suspensivo al recurso interpuesto contra una resolución de expulsión por un extranjero que se encuentre legalmente en el territorio del Estado expulsor cuando haya un riesgo real de perjuicio grave e irreversible para el extranjero objeto de expulsión. A este respecto, y dado que no existe una práctica uniforme por parte de los Estados, recurrimos a la posición del TEDH. Su criterio ha sido reconocer la facultad discrecional de que gozan los Estados parte a este respecto, al tiempo que defiende que las medidas cuyos efectos pudieran ser potencialmente irreversibles no debían aplicarse hasta que las autoridades nacionales hubiesen determinado si eran compatibles con el Convenio. Por ejemplo, en el asunto *Čonka c. Bélgica*, el Tribunal resolvió que había habido violación del artículo 13 del CEDH: «El Tribunal considera que la efectividad del recurso a tenor del artículo 13 exige que el recurso pueda impedir la ejecución de medidas contrarias al Convenio y cuyos efectos sean potencialmente irreversibles»[326].

---

[323] NOWAK, M., *UN Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary*, Engel, Kehl, 2005 (2ª ed.), p. 297 (citando las comunicaciones del Comité de Derechos Humanos nº 173/1984, *M. F. c. los Países Bajos*, párr. 4; nº 236/1987, *V. M. R. B. c. el Canadá*; nº 155/1983, *Eric Hammel c. Madagascar*, págs. 19.2 y 20 y nº 193/1985, *Pierre Giry c. la República Dominicana*, págs. 5.5 y 6).

[324] Véase, por ejemplo, la Comunicación de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 5 de mayo de 1999, nº 212/98, *Amnistía International c. Zambia*.

[325] Nos remitimos al interesante debate sobre esta cuestión que se refleja en KAMTO, M., *Sexto informe sobre la expulsión de extranjeros*, Documento del 62º periodo de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional (Documento A/CN.4/625/Add.2, de 9 de julio de 2010), págs. 17 a 40.

[326] STEDH de 5 de febrero de 2002, *Čonka c. Bélgica*, párr. 79. Véase, asimismo, la STEDH de 22 de abril de 2014, *A.C. y otros c. España*, párr. 88.

Cabe mencionar también que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en 2003, recomendó que los extranjeros expulsados del territorio de un Estado miembro del Consejo de Europa tuvieran derecho a un recurso con efecto suspensivo, que debería examinarse dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la resolución de expulsión, reconociendo además ese derecho a los extranjeros en situación irregular:

«Con respecto a la expulsión: (…) ii) toda resolución de expulsar a un extranjero del territorio de un Estado miembro del Consejo de Europa debería estar sujeta a un derecho de recurso con efecto suspensivo; iii) en caso de recurso contra la expulsión, el procedimiento de apelación deberá haberse completado dentro de los tres meses siguientes a la resolución de expulsión»[327].

A este respecto, la Asamblea Parlamentaria fue más lejos que la CDI ya que reconoció además el derecho de recurso a los extranjeros en situación irregular. Además, el titular de un permiso de residencia válido solo podrá ser expulsado del territorio de un Estado miembro en cumplimiento de una resolución judicial firme[328].

Culmina esta cuarta parte con el proyecto de artículo 28, cuyo fin es recordar que los extranjeros objeto de expulsión pueden, según los casos, tener acceso a procedimientos de recurso individual ante una instancia internacional competente.

8. Consecuencias jurídicas de la expulsión

Finaliza el texto con la quinta y última parte en la que se recogen las consecuencias jurídicas de la expulsión. Así, el proyecto de artículo 29 contempla el derecho de readmisión en el Estado expulsor a favor del extranjero que haya tenido que abandonar el territorio de ese Estado a raíz de una expulsión ilícita, aunque este derecho se reconoce ya en la legislación de algunos Estados e incluso en el ámbito internacional[329].

Sin embargo, no existe unanimidad para afirmar la existencia de un derecho a la readmisión como derecho individual del extranjero que haya sido objeto de una expulsión ilícita. El término «ilícita» se refiere a toda expulsión que contravenga una norma de Derecho internacional. Sin embargo, como alega la CDI debe entenderse a la luz del artículo 13 del PIDCP y reiterado en el proyecto de artículo 4, según el cual un extranjero solo podrá ser expulsado en cumplimiento de una resolución adoptada conforme a la ley (del Estado expulsor).

---

[327] Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 30 de septiembre de 2003, *Política común en migración y asilo*, 1624 (2003), párr. 9.

[328] Veáse el Apéndice a la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 3 de octubre de 1975, *relativa a la condición jurídica de los extranjeros*, 769 (1975), págs. 9 y 10.

[329] Así, cabe citar como ejemplo que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reconoció este derecho en el caso de la expulsión arbitraria de un sacerdote extranjero, donde resolvió lo siguiente: «Recomendar al Gobierno de Guatemala: a) que se le permita al Padre Carlos Stetter reingresar al territorio de Guatemala y volver a residir en este país, si así lo deseare; b) que investigue los hechos denunciados y sancione a los responsables de los mismos, y c) que informe a la Comisión dentro de un plazo de 60 días sobre las medidas tomadas para poner en práctica estas recomendaciones» (véase la Resolución de la CIDH de 25 de junio de 1981, n.º 30/81, caso 7378 – *Guatemala*).

Además, el Estado expulsor conserva el derecho de denegar la readmisión del extranjero si esa readmisión constituye una amenaza para la seguridad nacional o el orden público, o si por alguna otra razón el extranjero ya no cumple las condiciones de admisión con arreglo al Derecho del Estado expulsor. De nuevo, se enfrentan aquí los derechos del extranjero, que puede ser ilícitamente expulsado, y el poder del Estado expulsor que controla la entrada de todo extranjero en su territorio; la soberanía del Estado frente a los derechos de los individuos.

Por último, esta formulación del derecho a la readmisión de conformidad con el proyecto de artículo 29 debe entenderse sin perjuicio del régimen jurídico de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, al que se hace referencia en el proyecto de artículo 30. La jurisprudencia ha respondido en numerosas ocasiones mediante la indemnización como forma de reparación ante el perjuicio sufrido por el extranjero expulsado como consecuencia de una expulsión ilícita. Así, la cuestión de la reparación por hechos internacionalmente ilícitos relacionados con la expulsión de un extranjero fue abordada recientemente por el Tribunal Internacional de Justicia en su fallo de 30 de noviembre de 2010 dictado en la causa *Ahmadou Sadio Diallo*[330].

El perjuicio indemnizable comprende tanto el daño material como el moral[331]. Cabe destacar aquí la nueva orientación al derecho a la reparación que la CIDH dio al incluir el «daño al proyecto de vida» en la categoría de perjuicios sufridos por las víctimas de violaciones de los derechos humanos[332].

También el TEDH ha reconocido indemnizaciones pecuniarias por daños morales resultantes de expulsiones ilícitas. Así, en el asunto *Moustaquim c. Bélgica*, de 1991, el Tribunal otorgó al demandante la suma de 100.000 francos belgas en concepto de reparación moral por el tiempo que tuvo que vivir alejado de su familia y sus amigos, en un país con el que no tenía vínculo alguno[333]. En el asunto *Čonka c. Bélgica*[334], de 2002, el TEDH concedió una indemnización de 10.000 euros por el perjuicio moral resultante de una expulsión contraria al artículo 5, párrafos 1 y 4, del CEDH (derecho a la libertad y a la seguridad), al artículo 4 del Protocolo n.º 4 del Convenio (prohibición de las expulsiones colectivas) y al artículo 13 del Convenio (derecho a un recurso efectivo), tomado conjuntamente con el artículo 4 del Protocolo n.º 4.

Para finalizar, el proyecto de artículo 31 hace referencia a la institución de la protección diplomática. El Estado de nacionalidad de un extranjero objeto de expulsión tiene derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a su nacional, en las condiciones establecidas por las normas de Derecho internacional relativas a esta materia, reflejadas esencialmente en los artículos sobre la protección diplomática aprobados en

---

[330] Sentencia del TIJ de 30 de noviembre de 2010, *Ahmadou Sadio Diallo, op.cit.*, p. 691, párr. 160.

[331] Véanse, por ejemplo, sobre esta cuestión, la STEDH de 22 de mayo de 2007, *Emre c. Suiza*, la Sentencia de la Corte IDH de 7 de marzo de 2005, *caso de la Masacre de Mapiripán* o la Sentencia de la Corte IDH de 25 de noviembre de 2006, *caso de la Masacre de Pueblo Bello*.

[332] Véanse, entre otras, la Sentencia de la Corte IDH de 27 de noviembre de 1998, *caso Loayza Tamayo vs. Perú*, págs. 144-154; la Sentencia de la Corte IDH de 3 de diciembre de 2001, *caso Cantoral Benavides vs. Perú*, págs. 60 y 80 y la Sentencia de la Corte IDH de 12 de septiembre de 2005, *caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*, págs. 87-89.

[333] STEDH de 18 de febrero de 1991, *Moustaquim c. Bélgica*, págs. 52-55.

[334] STEDH de 5 de febrero de 2002, *Čonka c. Bélgica*, párr. 42.

2006, que figuran en el anexo de la Resolución 62/67 de la Asamblea General, de 6 de diciembre de 2007[335]. La CDI destaca dos condiciones esenciales para el ejercicio de la protección diplomática: el vínculo de nacionalidad y el agotamiento previo de los recursos internos[336].

V. OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE CONTIENEN NORMAS APLICABLES A LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

A. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y su aplicación a la expulsión de extranjeros

A lo largo de los apartados anteriores hemos hecho referencia ya al PIDCP, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor el 23 de marzo de 1976. Su Protocolo Facultativo entró en vigor en la misma fecha, siendo posteriormente aprobado un Segundo Protocolo Facultativo, destinado a abolir la pena de muerte, adoptado por la Asamblea General en su Resolución 44/128, de 15 de diciembre de 1989. Dicho Protocolo abre la posibilidad a todo individuo para que alegue una violación de cualquiera de los derechos enumerados en el Pacto, tras haber agotado todos los recursos internos disponibles en su país, presentando una comunicación por escrito al Comité de Derechos Humanos para que este la examine. La importancia del Protocolo radica en que el Comité no puede recibir ninguna comunicación que concierna a un Estado parte en el Pacto que no sea también parte en el Protocolo Facultativo. A fecha de elaboración de este trabajo, 173 Estados forman parte del Pacto y 116 del Protocolo (obsérvese, por ejemplo, que Rusia y EEUU son parte del Pacto, pero no del Protocolo, lo que impide presentar comunicaciones contra los mismos por vulneración de los derechos contenidos en este instrumento internacional).

El PIDCP reconoce una serie de derechos a todos los individuos que se encuentren en el territorio de los Estados parte del Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (art. 1). Así, ya desde el frontispicio del Pacto se reconocen los derechos a toda persona (especifica «humana»). Por ello, han de darse por aludidas las personas extranjeras cuando se habla de la protección de la familia (art. 23), de los niños (art. 24), de las minorías (art. 27), esto es, cuando se utiliza el genérico «toda persona» (a modo de ejemplos, cabe citar las referencias al derecho a la vida (art.6), prohibición de la tortura (art. 7) prohibición de la esclavitud (art. 8), etc.). Por tanto, la garantía de no discriminación, reconocida en el artículo 2, también debería aplicarse por igual a extranjeros y nacionales, dado que el

[335] Para el texto de los artículos sobre la protección diplomática y los comentarios correspondientes, véase CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 58.º período de sesiones*, Documento A/61/10, 2006, párr. 50.
[336] Sentencia del TIJ de 30 de noviembre de 2010, *Ahmadou Sadio Diallo, op.cit.*, p. 599, párr. 40.

precepto exige que los Estados garanticen a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto, sin distinción alguna.

Sin embargo, algunos de los derechos reconocidos en el Pacto son expresamente aplicables solo a los ciudadanos, por ejemplo, la participación en asuntos y funciones públicas y el sufragio del art. 25, en tanto que el artículo 13, como veremos, es exclusivamente aplicable a los extranjeros. Así pues, los extranjeros gozarían de todos los derechos reconocidos en el PIDCP, salvo aquellos de los que están expresamente excluidos[337].

Aunque podría defenderse que los extranjeros, en caso de trato desigual, pueden ampararse en el principio de igualdad ante la ley del artículo 26, lo cierto es que no toda diferencia de trato puede ser considerada contraria al principio de igualdad, aunque eso tampoco significa que toda distinción entre nacionales y extranjeros sea aceptable[338]. Así que, desde nuestro punto de vista, ya se contempla una «distinción» entre nacionales y extranjeros en el propio Pacto, de igual modo que en la mayoría de las constituciones de los Estados, ya que en muy pocas se reconoce completamente la igualdad de los extranjeros con los nacionales[339]. Corresponde en todo caso a las autoridades competentes del Estado parte, de buena fe y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicar e interpretar el Derecho interno, observando las exigencias previstas en el Pacto, y entre ellas, especialmente, la igualdad ante la ley[340].

---

[337] ARLETTAZ, F., «La Expulsión de extranjeros en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 145, 2016.

[338] Véase, en este sentido, el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 14 de marzo de 1994, comunicación n.º 586/1994, *Josef Frank Adam c. República Checa*.

[339] Observación general n.º 15 del Comité de Derechos Humanos, «La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto», HRI/GEN/1/Rev.6, 11/04/86, p. 159, párr. 3: «En muy pocas constituciones se establece la igualdad de los extranjeros con los nacionales. En algunas constituciones aprobadas más recientemente se hacen claros distingos entre los derechos fundamentales que son aplicables a todos y los que se reconocen a los ciudadanos solamente, y se trata de cada uno de ellos en forma pormenorizada. Sin embargo, en muchos Estados las constituciones se redactan únicamente con referencia a los nacionales cuando se trata de otorgar determinados derechos. La legislación y la jurisprudencia también pueden desempeñar un papel importante en relación con los derechos de los extranjeros. Se ha informado al Comité de que en algunos Estados los derechos fundamentales, aunque no se garanticen a los extranjeros en virtud de la Constitución y otras leyes, de hecho, se les reconocen según lo dispuesto en el Pacto. No obstante, en algunos casos los derechos previstos en el Pacto evidentemente no se han otorgado sin discriminación respecto de los extranjeros».

[340] *Ibid.*, párr. 9: «En muchos informes se ha proporcionado información insuficiente respecto de asuntos relacionados con el artículo 13. Este artículo es aplicable a todos los procedimientos que tengan por objeto la salida obligatoria de un extranjero, se describa esta en el Derecho nacional como expulsión o de otra forma. Si estos procedimientos entrañan detención, tal vez también sean aplicables las salvaguardias del Pacto relativas a la privación de la libertad (arts. 9 y 10). Si la detención obedece concretamente a fines de extradición, tal vez sean aplicables otras disposiciones del Derecho nacional o internacional. Normalmente se debe permitir que todo extranjero expulsado se dirija a cualquier país que acceda a recibirlo. Los derechos establecidos en el artículo 13 solo protegen a los extranjeros que se encuentren lícitamente en el territorio de un Estado Parte. Ello significa que para determinar el carácter de esa protección debe tenerse en cuenta el Derecho nacional relativo a las exigencias en materia de entrada y estancia y que, en particular, quienes hayan entrado ilícitamente y los extranjeros que hayan permanecido más tiempo que el permitido por la ley o indicado en el permiso que se les haya extendido, no están amparados por sus disposiciones. No obstante, si la cuestión controvertida es la licitud de su entrada o permanencia, toda decisión a este respecto que desemboque en su expulsión o deportación debe adoptarse con arreglo a lo previsto en el artículo 13.

Por otro lado, el Comité de Derechos Humanos[341] ha entendido, dando un paso más en su labor interpretativa, que cuando la legislación de un Estado parte establece diferencias de trato entre nacionales y extranjeros, no supondrían estas una violación del artículo 26 si las razones por las cuales se hace la distinción son «justificables por motivos objetivos y razonables»[342]. En esta misma línea, ha realizado observaciones concretas sobre la expulsión de extranjeros. Nos vamos a centrar en la Observación general n.º 15, de 1986, que enfocaba la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto desde una perspectiva global, y en la Observación general n.º 27, de 1999, referida a la cuestión de la libertad de circulación reconocida en el art. 12[343].

Comenzando por este último precepto, se concreta uno de los derechos a los que nos hemos referido en el primer capítulo y que consideramos de especial trascendencia respecto a los extranjeros, cual es el derecho a la libre circulación a toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado, solo pudiendo restringirse en los casos previstos por la ley. Así, en primer lugar, se deduce del Pacto que las diferencias de trato en materia de circulación y residencia entre nacionales y extranjeros, o entre distintas categorías de extranjeros, no solo son posibles, sino que también son lícitas si respetan los parámetros establecidos[344]. Por otro lado, estas restricciones a las libertades de circulación, residencia y salida del territorio solo son posibles cuando respeten los principios fundamentales de igualdad y no discriminación[345], y cuando, tal como establece el art. 12.3 «se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto».

Asimismo, es preciso tener presente que al aprobar leyes que prevean estas restricciones, los Estados deben guiarse siempre por el principio de que las restricciones «no deben comprometer la esencia del derecho» o lo que es lo mismo, no vale «cualquier ley»[346]. Al mismo tiempo, entiende el Comité que las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad y ser adecuadas para desempeñar su función protectora. Debiendo ser, además, el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y guardar proporción con el interés que debe protegerse. Por tanto, deberán regirse por los dos principios, el de legitimidad y proporcionalidad.

Corresponde a las autoridades competentes del Estado Parte, de buena fe y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicar e interpretar el Derecho interno, observando, sin embargo, las exigencias previstas en el Pacto, como la igualdad ante la ley (art. 26)».

[341] Órgano garante de la interpretación y del control de la efectividad del contenido del Pacto.

[342] Véanse las conclusiones en el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 14 de noviembre de 2007, comunicación n.º 1223/2003, *Tsarjov c. Estonia*.

[343] Observación general n.º 27 del Comité de Derechos Humanos, «Artículo 12 (La libertad de circulación)», CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, 02/11/99.

[344] Observación General n.º 15 del Comité de Derechos Humanos, *op.cit.*, párr. 8.

[345] A este respecto es interesante la arriba citada Observación general n.º 27 del Comité de Derechos Humanos, párr. 18, cuando afirma que las medidas que impiden a las mujeres su libertad de circulación o salir del país sin contar con el consentimiento o la compañía de un varón, constituyen una violación del artículo 12.

[346] Observación general n.º 27 del Comité de Derechos Humanos, *op.cit.*, párr. 13.

En diversos casos, el Comité ha reconocido la legitimidad de las restricciones impuestas a la libertad de circulación de extranjeros. En concreto, vamos a citar dos ejemplos por uno de los motivos más controvertidos, también en la actualidad, y que se contempla ya en el Pacto, cual es la protección de la seguridad nacional.

Para ello, vamos a basarnos en el asunto *Celepli c. Suecia*[347], de 1991, en el que las restricciones a la libre circulación impuestas al Sr. Celepli, sospechoso de actividades terroristas (aunque nunca se le llegó a acusar formalmente por terrorismo y Suecia, que examinó dichas restricciones *motu proprio,* finalmente las levantó), consiguieron que el Comité entendiera que no hubo vulneración del precepto que permitía restricciones a la libre circulación. Tomaba como base el citado art. 12.3:

«Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto».

Igualmente, en el caso *Karker c. Francia,* de 1998, respecto de otro sospechoso de terrorismo, que fue confinado en un departamento del país, tampoco se apreció incumplimiento del art. 12.3 del Pacto[348]. El Estado parte alegó que las restricciones eran necesarias por motivos de seguridad nacional y presentó ante los tribunales pruebas de que el Sr. Karker era un partidario activo de un movimiento que preconiza la acción violenta.

Sin embargo, la mención expresa a la expulsión de los extranjeros, se hace en otro precepto, el artículo 13, que reconoce:

«El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto solo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas».

Observamos, en primer lugar, que el precepto se refiere solo al procedimiento y no a los fundamentos sustantivos de la expulsión, y además solo ampara a los extranjeros que se encuentren lícitamente en el territorio de un Estado parte. Para lo cual, ha de tenerse en cuenta el Derecho nacional en materia de entrada y estancia y, en caso de quienes hayan entrado ilícitamente o hayan incurrido en situación irregular, habría que estar entonces a la legislación nacional. Por tanto, quedarían fuera de este precepto los que se encuentren en un territorio de manera irregular.

Al respecto, el Comité ha sostenido, sin embargo, que en el caso de un extranjero que hubiese entrado ilegalmente a un Estado, pero se hubiese regularizado durante su estancia, se consideraría legalmente dentro del territorio a los fines del artículo 12.2,

[347] Véanse las conclusiones del Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 2 de agosto de 1994, comunicación n.º 456/1991, *Celepli c. Suecia*.
[348] Véase el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 30 de octubre del 2000, comunicación nº 833/1998, *Salah Karker c. Francia.*

según el cual «toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio».

Una vez que una persona se encuentra legalmente dentro de un Estado, todas las restricciones a sus derechos, así como todo trato diferente al dado a los nacionales, deberán justificarse en virtud de las excepciones contempladas en el párrafo 3 del artículo 12 (para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros)[349]. No obstante, entiende el Comité que, incluso si la cuestión controvertida es la licitud de su entrada o permanencia, toda decisión a este respecto que desemboque en su expulsión o deportación debe adoptarse con arreglo a lo previsto en el artículo 13, ya que es aplicable a todos los procedimientos que tengan por objeto la salida obligatoria de un extranjero[350].

Lo que el Pacto no reconoce a los extranjeros es el derecho a entrar en el territorio de un Estado parte ni de residir en él, ya que, en principio, corresponde al Estado decidir a quién ha de admitir en su territorio[351]. La única referencia a la entrada a los países se hace con respecto a que nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país (art. 12.4).

1. Límites del Pacto a la expulsión de extranjeros

En el Pacto se reconocen ciertos límites que van a suponer que el extranjero pueda acogerse a la protección bajo este paraguas en cuestiones de expulsión, comenzando por una primera exigencia de legalidad que supone la consideración individual de la situación de cada expulsado[352]. Reconociendo además el Comité la prohibición de las expulsiones colectivas, lo cual se consagra en diversos tratados internacionales de derechos humanos, a los que nos referiremos en detalle más adelante.

Respecto a los límites concretos que se infieren del PIDCP, estos se plantean en torno a la no discriminación, el respeto de la vida de la familia y la prohibición de trato inhumano.

Así, vamos a comenzar por la obligación de que este «derecho del Estado» frente al extranjero que supone la expulsión no se ejecute de modo discriminatorio[353], y en todo caso, permitiendo solamente las expulsiones «en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley» (art.13), con lo que se estaría persiguiendo impedir las expulsiones arbitrarias. Desde nuestro punto de vista, el hecho de contemplar la medida de la expulsión solo para los extranjeros es ya en sí, cuando menos, una «distinción».

Por otra parte, ha de respetarse el principio de legalidad. Surge entonces la duda de si se consideraría suficiente que la expulsión estuviera fundamentada en el Derecho

[349] Observación general n.º 27 del Comité de Derechos Humanos, *op.cit.*, párr. 4.
[350] Observación general n.º 15 del Comité de Derechos Humanos, *op.cit.*, párr. 9.
[351] *Ibid.*, párr. 5.
[352] Véase JEAN-MARIE, H., *Mass expulsion in modern International law and practice*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1995 y CHUECA SANCHO, A., «El Derecho internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 1, 2002, pp. 9-36.
[353] ARLETTAZ, F., «La Expulsión de extranjeros…», *op.cit*., p. 223.

interno para ser legítima, aunque careciera totalmente de motivación sustantiva. De modo que podría plantearse si dicha expulsión, cuando el Derecho interno permitiera una expulsión discrecional, no violaría el principio de legalidad, por estar contemplado tal supuesto en una norma nacional. La respuesta a esta cuestión ha de ser negativa si tenemos en cuenta el Derecho internacional, que ha consagrado el deber del Estado de indicar los motivos de la expulsión, tal y como había proclamado el IDI en el artículo 30 de sus ya citadas Reglas Internacionales sobre la admisión y expulsión de extranjeros: *«L'acte ordonnant l'expulsion est notifié à l'expulsé. Il doit être motivé en fait et en droit»*.

Así, el análisis correcto de este deber de motivar la expulsión del Derecho internacional junto con el principio de legalidad contenido en el Pacto lleva a la conclusión de que no solo la posibilidad de la expulsión, sino también, los motivos admisibles de expulsión han de estar previamente establecidos en la ley[354], impidiendo con ello las expulsiones arbitrarias[355]. Al mismo tiempo, recuerda el Comité que la exigencia de legalidad lleva implícita la idea de que la ley interna ha de ser compatible con las disposiciones del Pacto, tal y como afirmó en el caso *Maroufidou c. Suecia*[356].

Respecto al límite que supone el respeto a la vida familiar[357], el Pacto reconoce a toda persona –por tanto, también a los extranjeros– el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia (art. 17). Esto ha generado numerosa jurisprudencia –que veremos en detalle con relación a los pronunciamientos del TEDH– en torno a casos en los que la negativa de un Estado a permitir que un miembro de una familia permanezca en su territorio podría implicar una injerencia en la vida familiar de esa persona[358]. Pero también, como ha reconocido el Comité de Derechos Humanos, el mero hecho de que un miembro de una familia tenga derecho a permanecer en el territorio de un Estado no significa necesariamente que la expulsión del país de otros miembros de la familia suponga una injerencia[359]. Para valorar si la injerencia específica en la vida familiar puede justificarse han de considerarse una serie de criterios: por una parte, la importancia de los motivos del Estado para expulsar a la persona en cuestión y, por otra, la gravedad de las dificultades con las que la familia y los miembros que la integran se encontrarían como consecuencia de la expulsión[360]. Íntimamente ligada a este límite para la expulsión estaría

---

[354] ARLETTAZ, F., «La Expulsión de extranjeros…», *op.cit*., p. 37.

[355] Observación general n.º 15 del Comité de Derechos Humanos, *op.cit.*, párr. 10.

[356] Véanse las conclusiones del Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 9 de abril de 1981, comunicación n.º 58/1979, *Anna Maroufidou c. Suecia*, *op.cit.*

[357] El Comité de Derechos Humanos recuerda en su Observación general n.º 16, «Derecho a la intimidad, (artículo 17)», CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, que el concepto de familia se debe interpretar en sentido amplio, de modo que no solo se refiere al hogar familiar durante el matrimonio o la cohabitación, sino también de un modo general a la relación entre padres e hijos.

[358] Véanse, a modo ilustrativo, el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 26 de agosto de 2004, comunicación n.º 1011/2001, *Francesco Madafferi c. Australia* o el Dictamen del Comité de Derechos de 1 de septiembre de 2011, comunicación n.º 1959/2010, *Jama Warsame c. Canadá*.

[359] Véanse el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 1 de noviembre de 2004, comunicación n.º 1222/2003, *Jonny Rubin Byahuranga c. Dinamarca*; el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 26 de julio de 2001, comunicación n.º 930/2000, *Winata c. Australia*, párr. 7.1 o el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 26 de julio de 2004, comunicación n.º 1011/2001, *Madafferi c. Australia*.

[360] Véanse el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 1 de noviembre de 2004, comunicación n.º 1222/2003, *Jonny Rubin Byahuranga c. Dinamarca* y Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 26 de julio de 2004, comunicación n.º 1011/2001, *Madafferi c. Australia*, párr. 9.8.

la protección de los derechos de la infancia, reconocida en el Pacto en los artículos 23 y 24.

A modo de ejemplo que ilustra el sentido de tal limitación, citaremos el caso de *Noureddine Maalem y Guldez Maalem c. Uzbequistán*[361], de 2014, en el que se dictó orden de expulsión del demandante, de nacionalidad argelina, por la comisión de un delito conforme a la legislación del país, teniendo mujer y cinco hijos uzbecos. El Comité consideró que la orden de expulsión constituía una injerencia desproporcionada en la vida familiar, que además no ponderaba el interés superior de los niños, y que contravenía el artículo 17 por separado y conjuntamente con el artículo 23 del Pacto[362].

Por el contrario, no se apreció injerencia arbitraria en la vida familiar en el caso *M.G.C c. Australia*, de 2005, relativo a un ciudadano norteamericano, separado y con un hijo, también acusado de actividades delictivas al que conforme a la legislación australiana se ordenó su expulsión[363]. En este caso el Comité consideró que se había examinado detenidamente la situación familiar personal por parte de las autoridades competentes, apreciando que la injerencia producida en la vida familiar no fue arbitraria en el sentido del artículo 17, por lo que no se apreció vulneración de los artículos 17 y 23 del Pacto.

En otros casos dictaminados por el Comité, en 2004, considerando la gravedad del delito cometido, junto con la suficiente justificación por parte del Estado que adoptaba la medida de la expulsión, fueron bases suficientes para no apreciar vulneración de los citados preceptos[364]. Por lo que este límite no es absoluto y ha de ponderarse de manera proporcional en cada caso concreto.

---

[361] Dictamen del Comité de Derechos Humanos el 4 de septiembre de 2018, comunicación n.º 2371/2014, *Noureddine Maalem y Guldez Maalem c. Uzbekistán*, párr. 11.7: «El Comité recuerda el principio de que, en todas las decisiones que afecten a niños, el interés superior del niño ha de ser la consideración primordial. Estima que, en el presente caso, el interés superior de los hijos de los autores no ha sido una consideración primordial para el Estado parte y que, en consecuencia, la injerencia de este en la vida familiar de los autores y la consiguiente falta de protección suficiente de la familia perjudicaron excesivamente a los autores y sus hijos. La emisión de una orden de expulsión contra el Sr. Maalem puso a los autores ante la disyuntiva de abandonar el Estado parte manteniendo la unidad familiar, y exponer a sus hijos a dificultades imprevisibles, o romper la unidad familiar. En ninguna de las alternativas entre las que se debatía la familia se habría atendido al interés superior de los niños. Es incuestionable que el Sr. Maalem salió de Argelia siendo joven, que lleva más de 30 años en Uzbekistán y que tiene vínculos con el Estado parte».

[362] *Ibid.*, párr. 11.4: «El Comité recuerda que el concepto de arbitrariedad incluye consideraciones relacionadas con la inadecuación, la injusticia, la imprevisibilidad y las debidas garantías procesales, además de consideraciones relacionadas con la razonabilidad, la necesidad y la proporcionalidad. El Comité también recuerda que, en los casos en que una parte de una familia ha de abandonar el territorio del Estado parte mientras que la otra tiene derecho a permanecer en él, los criterios pertinentes para determinar si se puede justificar objetivamente dicha injerencia en la vida familiar se deben examinar a la luz, por un lado, de la importancia de las razones aducidas por el Estado parte para expulsar al interesado y, por otro, del perjuicio a que se expondría a la familia y a sus miembros a consecuencia de la expulsión».

[363] Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 14 de diciembre de 2005, comunicación n.º 1875/2009, *M.G.C c. Australia.*

[364] Véase el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 1 de noviembre de 2004, comunicación n.º 1222/2003, *Jonny Rubin Byahuranga c. Dinamarca*, donde se concluye que: «El Estado Parte ha querido justificar su injerencia en la vida familiar del autor en razón del carácter y la gravedad de los delitos de este. El Comité considera que los motivos expuestos por el Estado Parte son razonables y bastan para justificar la injerencia en la vida de su familia. Por ende, el Comité llega a la conclusión de que, si se cumple la orden

El tercero de los límites que se reconocen en el Pacto es el relativo a la prohibición de trato inhumano, muy ligado a la regla de *non refoulement*, a la que nos referiremos con detenimiento en el segundo bloque de este trabajo. Baste ahora señalar que el Comité también ha advertido que la obligación de respetar y garantizar los derechos del Pacto a todas las personas que estén en su territorio y a todas las que estén bajo su control implica que los Estados parte no pueden extraditar, deportar, expulsar o hacer salir de algún modo de su territorio a una persona «cuando haya razones de peso para creer que existe un riesgo real de daño irreparable, tal como el daño previsto en los artículos 6 (derecho a la vida) y 7 (prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes) del Pacto»[365], ya sea hacia el país al que se va a efectuar la salida forzada o hacia cualquier país al que la persona sea expulsada posteriormente.

Para que sea un límite factible, el Comité ha indicado que ese riesgo ha de ser personal[366] y con razones de peso para determinar que el riesgo de provocar un daño irreparable es real[367]. Así pues, para valorar estos criterios se deben considerar todos los hechos y circunstancias pertinentes, incluida la situación general de los derechos humanos en el país al que se pretende expulsar al denunciante.

Para exponer con más claridad los supuestos señalados, vamos a citar en primer lugar, y con relación al derecho a la vida (art. 6), el caso *Merhdad Mohammad Jamshidian c. Bielorrusia*, de 2014, relativo a un ciudadano iraní acusado en su país de un delito castigado con la pena capital que solicita refugio en Bielorrusia, cuya resolución queda en suspenso[368]. El Comité, considerando el *Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los derechos humanos en la República Islámica del Irán* de 2017[369], y habida cuenta de la información sobre la independencia y la calidad de la asistencia letrada de que disponen los reos en las causas penales en dicho país, considera que el Estado parte no ha adoptado medidas suficientes para que el autor evite enfrentarse a un riesgo real de ejecución arbitraria en la República Islámica de Irán. En esas circunstancias, el Comité

---

de expulsión del autor devolviéndolo a Uganda, dicha expulsión no constituiría una conculcación de los derechos que tiene con arreglo al artículo 17 y al párrafo 1 del artículo 23».

[365] La Observación general n.º 31 del Comité de Derechos Humanos, «Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto», CCPR/C/123/D/2371/2014, párr. 12, y la Observación general n.º 20 del Comité de Derechos Humanos, *op.cit.*, párr. 9 reproducen esta idea.

[366] Véanse el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 21 de marzo de 2013, comunicación 1957/2010, *Biao Lin c. Australia*, párr. 8.6; el Dictamen del Comité de Derechos humanos de 16 de julio de 2005, comunicación n.º 2393/2004, *K c. Dinamarca*, párr. 7.3 o el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 1 de abril de 2015, comunicación n.º 2272/2013, *P. T. c. Dinamarca*, párr. 7.2 y el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 26 de marzo de 2014, comunicación n.º 2007/2010, *X c. Dinamarca*, párr. 9.2.

[367] Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 1 de noviembre de 2011, comunicación n.º 1833/2008, *X c. Suecia*, párr. 5.18.

[368] Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 8 de noviembre de 2017, comunicación n.º 2471/2014, *Merhdad Mohammad Jamshidian c. Bielorrusia*.

[369] Véase JAHANGIR, A., *Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los derechos humanos en la República Islámica del Irán*, Documento A/HRC/34/65, de 17 de marzo de 2017, párr. 45, en el que la Relatora Especial expresa preocupación por que las personas acusadas de delitos contra la seguridad nacional, delitos castigados con la pena capital, delitos políticos o delitos de prensa, así como de delitos que acarreen penas de prisión perpetua, deban elegir a su abogado de entre una lista oficial de letrados elegidos por el máximo responsable del poder judicial durante la fase de instrucción del juicio.

llega a la conclusión de que, si expulsa al denunciante a la República Islámica de Irán, el Estado parte vulneraría el artículo 6 del Pacto[370], cuyo tenor literal reproducimos:

> «1. 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.
>
> 2. 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.
>
> 3. Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.
>
> 4. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena de muerte. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos.
>
> 5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez.
>
> 6. Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital».

Es preciso destacar que el artículo 6 del Pacto limita, pero no prohíbe totalmente la pena de muerte[371]. Es el Segundo Protocolo Adicional al Pacto el que la prohíbe, y no todos los países signatarios del Pacto han ratificado el Protocolo Segundo, caso de Bielorrusia, signataria del Pacto pero no del Protocolo para la abolición de la pena capital, por lo que según el criterio del Comité que mantenía desde el caso *Kindler*[372], solo se considera violación del precepto si la decisión de extraditar se toma de modo arbitrario o sumario.

---

[370] Véase también el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 30 de julio de 1993, comunicación n.º 470/1991, *Kindler c. Canadá*.

[371] El Comité observa que, si se leen juntos el párrafo 1 y el párrafo 2 del artículo 6, está permitida la imposición de la pena de muerte por los delitos más graves, pero que el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto, establece que ninguna persona dentro de la jurisdicción de un Estado Parte será ejecutada y que el Estado Parte adoptará todas las leyes necesarias para abolir la pena de muerte en su jurisdicción. Las disposiciones del Segundo Protocolo Facultativo han de considerarse como disposiciones complementarias del Pacto.

[372] Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 30 de julio de 1993, comunicación n.º 470/1991, *Kindler c. Canadá*, párr. 6.2: «un estado parte incurrirá en violación del Pacto si entrega a una persona a otro estado en circunstancias en que es previsible que la persona será sometida a torturas. El carácter previsible de la consecuencia significa que existió una violación actual cometida por el Estado Parte, aun cuando la consecuencia tuviera lugar más tarde». Por tanto, no es cuestión de establecer si en el Estado de destino se violarán los derechos del Pacto, sino si con el alejamiento se expone a una persona a un riesgo efectivo de violación de sus derechos conforme al Pacto (párr. 13.1). Tras el paradigmático asunto *Kindler*, la posterior jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos se ha demostrado útil en casos que tenían como protagonistas a solicitantes de asilo teniendo en cuenta, en ocasiones, la especial situación de vulnerabilidad en la que puede encontrase el demandante.

Cabe plantearse también cuál es el criterio del Comité en el caso de extradición desde un país que haya abolido la pena de muerte a otro que no. ¿Estaría automáticamente vulnerando el art. 6 la extradición de un extranjero a un país que contemple la pena de muerte? La respuesta podemos encontrarla en el caso *G.T c. Australia* (país que ha abolido la pena de muerte y ha ratificado el Protocolo Segundo), donde se planteó la extradición de un ciudadano malasio hacia su país de origen en el que había riesgo de ejecución[373]. Australia era conocedora de la posibilidad de la imposición de la pena de muerte en ese caso, pero no podía afirmarse con seguridad que la consecuencia necesaria y previsible de la deportación del denunciante fuera su procesamiento y condena a la pena capital. Por consiguiente, el Comité concluyó que Australia no vulneraba los derechos del denunciante en virtud del artículo 6 del Pacto y el artículo 1 del Segundo Protocolo Facultativo si aplicaba la decisión de deportarlo[374].

2. El límite de prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes

Respecto al precepto que prohíbe la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7)[375] recordamos el caso *M.M. c. Dinamarca*, de 2019, en el que Mr. M, ciudadano afgano, alega la conversión al cristianismo para fundamentar la solicitud de asilo en Dinamarca ante el temor de ser expulsado a su país y el trato degradante que pueda recibir allí por esta circunstancia[376]. El Comité consideró que, cuando un solicitante de asilo afirma que se ha convertido a otra religión, una vez que su solicitud de asilo inicial ha sido desestimada, puede ser razonable que los Estados realicen un examen a fondo de las circunstancias de la conversión[377]. Ahora bien, lo esencial para el Comité es determinar si, con independencia de la sinceridad de la conversión, hay razones de peso para creer que dicha conversión puede tener consecuencias adversas graves en el país de origen que creen un riesgo real y personal de sufrir tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Sin subestimar la preocupación con respecto a la situación general de los derechos humanos en Afganistán, el Comité consideró que las pruebas y

---

[373] Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 4 de diciembre de 1997, comunicación n.º 706/1996, *G.T c. Australia*.

[374] *Ibid.*, párr. 8.4: «En casos como el presente, un riesgo verdadero puede deducirse de las intenciones del país a que el interesado va a ser deportado, así como del comportamiento habitual de ese país en casos análogos. El Gobierno australiano deporta a T. de su territorio porque no tiene derecho a permanecer en Australia; Malasia no ha solicitado la devolución de T. Aunque el Comité estima que las "garantías" dadas por el Gobierno malasio excluyen en cuanto tales la posibilidad del enjuiciamiento de T. por exportar o poseer drogas, el Comité no tiene datos que permitan suponerles a las autoridades malasias la intención de llevar a juicio a T. El Estado Parte por su lado ha indagado la posibilidad de la imposición de la pena de muerte a T. y se le ha comunicado que en casos análogos no procede el encausamiento. En tales circunstancias, no puede llegarse a la conclusión de que la consecuencia necesaria y previsible de la deportación de T. sea su procesamiento y condena a la última pena».

[375] Artículo 7: «Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos».

[376] Dictamen de 14 de marzo de 2019 del Comité de Derechos Humanos, comunicación n.º 2345/2014, *M.M c. Dinamarca*.

[377] Véase ACNUR, *Directrices sobre protección internacional: Solicitudes de asilo por motivos religiosos bajo el artículo 1A (2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, párr. 34.

circunstancias invocadas por el autor no consiguieron demostrar que su devolución a Afganistán fuera contraria a los artículos 7 y 18 (libertad religiosa) del Pacto.

Otro de los supuestos que vamos a citar de circunstancias alegadas de riesgo de recibir tratos inhumanos y degradantes es el motivado por la condición sexual. Así, y sin extendernos en los detalles del caso, en *M. K. H. c. Dinamarca*, en 2014, se decretó la orden de este ciudadano de expulsión a Bangladesh sin tener en cuenta las alegaciones que demostraban cómo la homosexualidad estaba estigmatizada en Bangladesh, estando, incluso, tipificada como delito[378]. En tales circunstancias, el Comité consideró que la expulsión del autor a Bangladesh sí constituiría una vulneración del artículo 7 del Pacto ante el riesgo real de sufrir malos tratos.

Un caso de especial interés de vulneración del artículo 7 en el que el Estado parte denunciado es España, es el de *Ali Aarrass c. España*, de 2010, donde el denunciante nacido en Melilla es acusado por Marruecos de los delitos de preparación y perpetración de acciones terroristas, entre otros, en Marruecos[379]. Motivo por el que se solicita a España su extradición y se procede a la misma. En el proceso, el denunciante acude también al TEDH para impedirlo, sin que España paralizase el proceso con ello, lo que le afea el Comité de Derechos Humanos en su pronunciamiento, aunque el TEDH finalmente da la razón a España. Sin embargo, el Comité consideró que, en el proceso de extradición, la Audiencia Nacional que había tomado nota de la información que indicaba el empleo de tortura para extraer confesiones, así como de los malos tratos infligidos por los agentes penitenciarios y por las fuerzas de seguridad en Marruecos, sin embargo, había desechado las alegaciones del autor sobre el riesgo de tortura, «señalando únicamente que estas vulneraciones no podían reputarse como sistemáticas y generalizadas». El Comité observa que informes fidedignos presentados por el autor a la Audiencia Nacional e información de dominio público indicaban que en Marruecos muchas personas acusadas de crímenes relacionados con actos de terrorismo habían sido detenidas, incomunicadas y sometidas a severos malos tratos y tortura[380]. En este contexto y a la luz de las circunstancias del acusado de delitos vinculados a actos de terrorismo, el Comité consideró que España no evaluó adecuadamente el riesgo de tortura y severos malos tratos

---

[378] Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 12 de julio de 2016, comunicación n.º 2462/2014, *M. K. H. c. Dinamarca*. Véase también el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 25 de julio de 2013, comunicación n.º 2149/2012, *M. I. v. Suecia*.

[379] Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 21 de julio de 2014, comunicación n.º 2008/2010, *Ali Aarrass c. España.*

[380] Entre otros documentos, cabe citar CDH, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas e Involuntarias – misión a Marruecos del 22 al 25 de junio de 2009*, Documento A/HRC/13/31/Add.1, 9 de febrero de 2010, párs. 20-24; HUMAN RIGHTS WATCH, *Stop Looking for Your Son – Illegal Detentions Under the Counterterrorism Law in Morocco*, HRW, 2010; AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Marruecos y el Sahara Occidental: tortura en el marco de la campaña 'antiterrorista'. El caso del centro de detención de Témara*, MDE 29/004/2004, 23 de junio de 2004; el apartado titulado «Marruecos y el Sahara Occidental» en AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe 2008 Amnistía Internacional: el estado de los derechos humanos en el mundo*, EDAI, 2008, pp. 268 y ss.; AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Marruecos: continúan los abusos contra personas sospechosas de participar en actividades relacionadas con el terrorismo en Marruecos*, MDE 29/013/2010, 16 de junio de 2010; AMNISTÍA INTERNACIONAL, llamamientos de Acción Urgente de 21 de abril de 2009 y 23 de noviembre de 2010; COMISIÓN ÁRABE DE DERECHOS HUMANOS, *Rapport d'observation du procès des 'Sixdétenus politiques' au Maroc (Affaire Belliraj),* 10 de diciembre de 2009.

del autor, por lo que determinó que la extradición de Mr. Aarrass a Marruecos constituyó una violación del artículo 7 del Pacto.

Como veremos más en detalle en los Capítulos correspondientes, no solo este Pacto o el Convenio sobre Refugiados prohíben la expulsión en caso de riesgo de tortura, sino también la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes[381] y especialmente, el artículo 3 del CEDH, prohíben tal conducta.

3. Otros límites contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Finalmente, cabe apuntar, como límites a la expulsión de extranjeros, la posibilidad de que dicha conducta sea ilícita en caso de riesgo de violación de otros derechos del Pacto. En concreto nos referimos a los derechos contemplados en los artículos 9 y 10 que principalmente se refieren a la detención o privación de libertad, al cumplimento de ciertas garantías procesales y al respeto a la dignidad inherente al ser humano[382]. Así, para que la privación de libertad en casos de expulsión sea conforme al Pacto es necesario que se cumplan ciertos requisitos, además de ser conforme a la ley y no arbitraria (artículo 9.1), que las causas de la privación de libertad sean notificadas al interesado (artículo 9.2) y que la decisión esté sometida a revisión judicial (artículo 9.4). También el Derecho europeo admite la posibilidad de la detención o privación de libertad siempre que sea conforme a derecho, tal y como veremos al estudiar la normativa europea[383].

Por ahora solo vamos a apuntar los aspectos que contempla el Pacto al hilo de la detención con fines de extradición, ya que una gran parte de los pronunciamientos que hemos encontrado en este sentido son casos de extradición, respecto de los cuales, en primer lugar, cabe plantearse si pueden ser aplicables otras disposiciones del Derecho nacional o internacional para evitar que la detención sea calificada de arbitraria. A este respecto, el Comité recuerda que la detención durante los procedimientos de control de la inmigración no se considera *per se* arbitraria, pero deberá justificarse que es razonable, necesaria y proporcionada a la luz de las circunstancias, y revisarse a medida que se

[381] A este respecto, cita ARLETTAZ, F., «La Expulsión de extranjeros…», *op.cit.*, p. 24, entre otros ejemplos: «Mutombo v. Switzerland, CAT/C/12/D/13/1993 (1994); Kisoki v. Sweden, CAT/C/16/D/41/1996 (1996)Tala v. Sweden, CAT/C/17/D/43/1996 (1996); Paez v. Sweden, CAT/C/18/D/39/1996 (1997); Aemei v. Switzerland, CAT/C/18/D/34/1995 (1997); A.F. v. Sweden, CAT/C/20/D/89/1997 (1997); Ayas v. Sweden, CAT/C/21/D/97/1997 (1998);Korban v. Sweden, CAT/C/21/D/88/1997 (1998); Haydin v. Sweden, CAT/C/21/D/101/1997 (1998); Elmi v. Australia, CAT/C/22/D/120/1998 (1999); A.S. v. Sweden, CAT/C/25/D/149/1999 (1999); Arana v. France, CAT/C/23/D/63/1997(1999); Ríos v. Canada, CAT/C/33/D/133/1999 (2004); T.A. v. Sweden, CAT/C/34/D/226/2003 (2005); Agiza v. Sweden, CAT/C/34/D/233/2003 (2005); Brada v. France, CAT/C/34/D/195/2002 (2005); Dadar v. Canadá, CAT/C/35/D/258/2004(2005)».

[382] ARLETTAZ, F., «La Expulsión de extranjeros…», *op.cit.*, pp. 29 y 35.

[383] Véase a modo de ejemplo el artículo 5.1.f del CEDH, según el cual es legítima la privación de libertad de una persona contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión, siempre que esta privación de libertad sea conforme a derecho.

prolongue[384]. Tal y como recuerda el Comité, para evitar la tacha de arbitrariedad prohibida por el artículo 9.1, la privación de libertad debe considerar los factores relevantes caso por caso y estar sometida a revisiones periódicas[385].

Asimismo, la detención no se debe prolongar más allá del período en relación con el cual el Estado parte pueda aportar una justificación adecuada[386]. En este sentido, baste recordar que la Relatora Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes ha aceptado la legalidad de principio de la privación de libertad de los extranjeros que van a ser expulsados, siempre que se cumplieran ciertas condiciones: que la decisión fuera objeto de revisión periódica, que existiera un derecho a recurrir, que la detención administrativa no tuviera carácter punitivo, que la privación de libertad durara el tiempo estrictamente necesario para que la expulsión se hiciera efectiva y que se pusiera fin a la privación de libertad cuando fuera imposible ejecutar la expulsión por motivos ajenos al extranjero[387]. En relación a la posibilidad de detención indefinida de extranjeros inmigrantes irregulares, a pesar de estar permitida en alguna legislación, el Comité ha

[384] Observación general n.º 35 del Comité de Derechos Humanos, «Artículo 9: Libertad y Seguridad de la persona», CCPR/C/GC/35, párr. 18: «(…) Los solicitantes de asilo que entran ilegalmente en el territorio de un Estado parte pueden ser privados de libertad durante un breve período inicial con el fin de documentar su entrada, dejar constancia de sus alegaciones, y determinar su identidad si hay dudas sobre ella {§43}. Prolongar su privación de libertad mientras se resuelven sus alegaciones sería arbitrario de no existir razones particulares específicamente en relación con esa persona, como una probabilidad concreta de fuga, el peligro de que cometa un delito contra otras personas, o el riesgo de que lleve a cabo actos contra la seguridad nacional {§44}. La decisión deberá considerar los factores pertinentes de cada caso y no basarse en una norma obligatoria aplicable a una categoría amplia de personas; deberá tener en cuenta la posibilidad de utilizar medios menos invasivos para alcanzar el mismo fin, como la obligación de presentarse periódicamente en un lugar, la imposición de una fianza u otras condiciones para evitar la fuga; y deberá ser objeto de reevaluación periódica y de revisión judicial {§45}. Las decisiones sobre el internamiento de migrantes también deberán tener en cuenta las consecuencias de la privación de libertad para la salud física o mental de los recluidos {§46}. Toda privación de libertad necesaria debe llevarse a cabo en dependencias apropiadas, higiénicas y que no sean de castigo, y no en prisiones. La incapacidad de un Estado parte para llevar a cabo la expulsión de una persona porque sea apátrida o por otros obstáculos no justifica que se prive de libertad al interesado de forma indefinida {§47}. Los niños no deben ser privados de libertad, salvo como medida de último recurso, y ello debe hacerse por el período de tiempo apropiado más breve posible, teniendo en cuenta como consideración principal el interés superior del niño para determinar la duración y las condiciones de la privación de libertad y teniendo igualmente en cuenta la extrema vulnerabilidad de los menores no acompañados y su necesidad de atención {§48}». Véanse, al respecto, el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 30 de abril de 1997, comunicación n.º 560/1993, *A. c. Australia*, págs. 9.3 y 9.4; el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 26 de marzo de 2002, comunicación n.º 794/1998, *Jalloh c. los Países Bajos*, párr. 8.2 y el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 18 de julio de 2011, comunicación n.º 1557/2007, *Nystrom c. Australia*, págs. 7.2 y 7.3.

[385] Véase la abundante colección de decisiones respecto a Australia en materia de privación de libertad de migrantes. A modo ilustrativo, podemos citar el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 6 de agosto de 2003, comunicación n.º 1014/2001, *Omar Sharif Baban v. Australia;* el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 23 de octubre de 2009, comunicación n.º 1442/2005, *Kwok Yin Fong c. Australia*; el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 25 de julio de 2013, comunicación n.º 2136/2012, *M.M.M. c. Australia*; el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 6 de noviembre de 2003, comunicación n.º 1069/2002, *Ali Aqsar Bakhtiyari and Roqaiha Bakhtiyari c. Australia* y el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 20 de agosto de 2013, comunicación n.º 2136/2012, *F. K. A. G. et al. c. Australia.*

[386] Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2014, comunicación n.º 1973/2010, *Hew Raymond Griffiths c. Australia*.

[387] RODRÍGUEZ PIZARRO, G., *Informe presentado por la Relatora Especial…, op.cit.,* pp. 12-64.

entendido que constituye una vulneración del 9.4 y 9.1, ya que ha de estar sometida a revisiones periódicas y considerarse individualmente[388].

En cuanto a la notificación de las razones del arresto o detención a la que se refiere el 9.2, cabe recordar que el Comité ha señalado sin embargo que no existe sistemáticamente en todos los supuestos violación de este precepto en cuanto exige que se notifique la acusación formulada contra la persona que es arrestada: «Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella».

Cabe entender, por tanto, que este aspecto es aplicable solamente en casos de arresto vinculados a procesos penales, de igual modo que el derecho al recurso, tal y como ha recordado el Tribunal Internacional de Justicia respecto al caso *Diallo* de 2010[389], y el propio Comité en relación con el caso *Mansour Ahani c. Canadá*, de 2002, donde dicho órgano «observa que el Pacto no prevé, como una cuestión de derecho, el derecho de apelación contra las decisiones de los tribunales, excepto en las causas penales»[390].

Respecto a las garantías procesales, son aplicables las garantías generales reconocidas en el artículo 14.1 del Pacto, que establece la igualdad ante los tribunales de justicia y los principios de imparcialidad, equidad e igualdad de medios procesales[391]. Así, lo recuerda el Comité, en 2003, en el caso *Sholam Weiss c. Austria*[392], al entender que la extradición de un extranjero mientras rige una orden provisional de no expulsión

---

[388] Véanse el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 6 de agosto de 2003, comunicación n.º 1014/2001, *Omar Sharif Baban v. Australia;* el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 23 de octubre de 2009, comunicación n.º 1442/2005, *Kwok Yin Fong c. Australia*; el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 25 de julio de 2013, comunicación n.º 2136/2012, *M.M.M. c. Australia*; el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 6 de noviembre de 2003, comunicación n.º 1069/2002, *Ali Aqsar Bakhtiyari and Roqaiha Bakhtiyari c. Australia* y el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 20 de agosto de 2013, comunicación n.º 2136/2012, *F. K. A. G. et al. c. Australia.*

[389] Véase la Sentencia del TIJ de 30 de noviembre de 2010, *Ahmadou Sadio Diallo, op.cit.*

[390] Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 29 de marzo de 2004, comunicación n.º 1051/2002, *Mansour Ahani c. Canadá.*

[391] Observación general n.º 32 del Comité de Derechos Humanos, «Artículo 14 – Derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia», CCPR/C/GC/32, párr. 62.

[392] Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 3 de abril de 2003, comunicación n.º 1086/2002, *Sholam Weiss c. Austria*, fundamento 9.6: «Respecto a la alegación del autor de que en los procedimientos ante los tribunales del Estado Parte se le denegó el derecho a la igualdad ante la ley, el Comité observa que el autor obtuvo, después de presentar el caso al Comité, una suspensión del Tribunal Administrativo para impedir su extradición hasta que el Tribunal hubiera resuelto la impugnación del autor a la decisión del Ministro por la que ordenaba su extradición. El Comité observa que, si bien la orden de suspensión se comunicó debidamente a los funcionarios competentes, el autor fue trasladado a la jurisdicción de los Estados Unidos después de varias tentativas, en violación de la suspensión dictada por el Tribunal. Después del suceso, el propio Tribunal observó que al autor se le había expulsado del país contraviniendo la suspensión dictada por el Tribunal y que no había fundamentos legales para la extradición; en consecuencia, el procedimiento carecía ya de sentido y no tenía objeto en vista de la extradición del autor, y no se proseguiría. El Comité observa además que el Tribunal Constitucional dictaminó que era inconstitucional la imposibilidad del autor de apelar contra un fallo adverso del Tribunal Superior Regional en circunstancias de que el Fiscal podía, y en efecto lo hizo, apelar contra un fallo anterior del Tribunal Superior Regional que había declarado inadmisible la extradición del autor. El Comité considera que la extradición del autor en contravención de una orden de suspensión dictada por el Tribunal Administrativo y la imposibilidad del autor de apelar contra un fallo adverso del Tribunal Superior Regional mientras que el Fiscal sí tenía esa posibilidad, equivalen a una violación del derecho del autor a la igualdad ante los tribunales, amparado por el párrafo 1 del artículo 14, en conjunto con el derecho a disponer de un recurso efectivo y ejecutorio, amparado por el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto».

supone una violación de la igualdad ante los tribunales considerada conjuntamente con el derecho a un remedio efectivo (artículo 2.3).

Asimismo, la revisión judicial, en caso de solicitarse, no puede durar un tiempo excesivo[393] y deberán observarse también en este caso las garantías relativas al proceso penal[394], ya que en caso contrario podría producirse una vulneración del Pacto.

Finalmente, si el extranjero detenido en vista a una expulsión es menor de edad (circunstancia no prohibida en el Pacto), si esta fuera arbitraria o ilegal, además de violar el art. 9, podría estar vulnerando el artículo 10.2.b) y 3 si fueran procesados sin respetar una serie de garantías:

> «2. (…) b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento (…).
>
> 3. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica».

Ello podría además vulnerar lo dispuesto en el art. 24, relativo a la protección de los menores sin discriminación alguna. Así, en el caso *Ali Aqsar Bakhtiyari y Roqaiha Bakhtiyari c. Australia*, de 2002, el Comité consideró que la prolongación de la detención durante más de dos años de la Sra. Bakhtiyari y de sus hijos por las autoridades de inmigración sin que hubiera una justificación adecuada fue arbitraria y contraria al artículo 9.1 del Pacto. Igualmente, el Comité consideró que las medidas adoptadas por el Estado parte no estuvieron basadas en el interés superior de los niños y, por tanto, pusieron de manifiesto una violación del artículo 24.1 del Pacto; es decir, por no respetar

[393] Véase el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 29 de marzo de 2004, comunicación n.º 1051/2002, *Mansour Ahani c. Canadá*, fundamento 10.2: «En cuanto a las denuncias formuladas de conformidad con el artículo 9 y relacionadas con la detención arbitraria y la falta de acceso al tribunal, el Comité toma conocimiento del argumento del autor de que su detención conforme al certificado de seguridad y el mantenimiento de dicha detención hasta la expulsión constituyeron una violación de ese artículo. El Comité observa que, si bien el autor fue encarcelado por la fuerza tras emitirse el certificado de seguridad, conforme a la ley del Estado Parte, el Tribunal Federal debe examinar con prontitud, es decir, en el plazo de una semana, el certificado y las pruebas que lo fundamentan para determinar su "razonabilidad". En caso de que se determine que el certificado no es razonable, la persona cuyo nombre figura en él es excarcelada. El Comité observa, en consonancia con su jurisprudencia anterior, que la detención basada en un certificado de seguridad extendido por dos ministros por motivos de seguridad nacional no se convierte ipso facto en arbitraria y, por tanto, en contraria al párrafo 1 del artículo 9. Sin embargo, como la persona detenida en virtud de un certificado de seguridad no ha sido condenada por ningún delito ni sentenciada a una pena de prisión, según el párrafo 4 del artículo 9 debe tener un acceso adecuado a la revisión judicial de la detención, es decir, la revisión de la justificación sustantiva de la detención, así como a una revisión suficientemente frecuente» y el fundamento10.4: «En cuanto a la posterior detención del autor, después de la emisión de una orden de deportación en agosto de 1998, durante un periodo de 120 días antes de poder solicitar la excarcelación, el Comité considera que este periodo de detención, en el caso del autor, fue lo suficientemente próximo a la decisión judicial del Tribunal Federal como para considerarlo autorizado por un tribunal y, por consiguiente, estimar que no constituye una violación del párrafo 4 del artículo 9».

[394] Véase la Observación general del Comité de Derechos Humanos n.º 32, *op.cit.*, párr. 62.

el derecho de los niños a estas medidas de protección que requiere su condición de menores[395].

Por tanto, es evidente cómo desde este instrumento internacional es posible encontrar defensa para supuestos de expulsiones de extranjeros que no respeten el contenido del mismo.

B. Expulsión de extranjeros y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El segundo de los acuerdos firmado en análogas circunstancias (aunque como veremos, con resultados dispares, a efectos del tema que nos ocupa) fue el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor el 3 de enero de 1976, y del que forman parte en la actualidad 171 Estados[396]. El órgano encargado de supervisar el cumplimiento de este Pacto es el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR)[397].

Para lograr una mayor eficacia de este instrumento internacional, en 1993, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos exigió la elaboración de un Protocolo Facultativo del PIDESC que permitiese a los individuos o grupos presentar una queja contra un Estado parte en caso de conculcación de los derechos del Pacto. Cabe recordar que la posibilidad de recibir y considerar comunicaciones con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales ya existía a través de los mecanismos previstos por la UNESCO y por la OIT, por lo que no se introducía ninguna novedad, como veremos en detalle más adelante.

Así todo, a partir de 1997, la Comisión de Derechos Humanos y, posteriormente, el Consejo de Derechos Humanos[398], propiciaron la elaboración de un proyecto de Protocolo Facultativo que, finalmente, fue aprobado por la Asamblea General[399], entrando definitivamente en vigor el 5 de mayo del 2013. La trascendencia de este instrumento radica en que el CESCR no recibe ninguna comunicación que concierna a un Estado parte en el Pacto que no sea parte del citado Protocolo (de acuerdo a su artículo 2.1.)[400], algo que, aunque es común en otros instrumentos internacionales, llama la

[395] Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 6 de noviembre de 2003, comunicación n.º 1069/2002, *Ali Aqsar Bakhtiyari and Roqaiha Bakhtiyari c. Australia*, fundamentos 9.6 y 9.7.
[396] España lo ratificó en 1977 (véase el Documento BOE-A-1977-10733).
[397] Dicho órgano fue creado por resolución 1985/17 del ECOSOC, de 28 de mayo de 1985 y entró en vigor el 3 de enero de 1976.
[398] El Consejo de Derechos Humanos fue fundado por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 3 de abril de 2006 (A/RES/60/251), siendo el sucesor de la Comisión de Derechos Humanos. El nuevo Consejo se fundó ante las graves críticas a causa de la politización creciente de su antecesor. El anterior Secretario General, Kofi Annan, explicó: «En particular, ha habido Estados que se han convertido en miembros de la Comisión no para afianzar los derechos humanos sino para protegerse de las críticas o para criticar a otros» (Naciones Unidas/Asamblea General (2005), cifra 182).
[399] Mediante la Resolución de la AGNU de 5 de marzo de 2009, A/RES/63/117.
[400] HÜFNER, K. y SCHLAAK, C., *Violaciones de los Derechos Humanos: ¿Qué puedo hacer? Mecanismos y Procedimientos de Derechos Humanos en la práctica*, DGVN, Berlín, pp. 45 a 48.

atención en este caso por la escasez de países parte del Protocolo, ya que tan solo cuenta con 26 a fecha de elaboración de este trabajo.

Analizando el contenido del PIDESC, por cuanto puede ser de aplicación a casos de expulsiones de extranjeros, este instrumento divide sus derechos en un primer tramo sobre derechos de carácter económico (artículos 6-9), seguido de aquellos de contenido social (artículos 10-12) y cultural (artículos 13-15). Comienza, de manera expresa, por asentar la interdicción de discriminación alguna en la garantía de los derechos que propugna por motivos de origen nacional, entre otros.

Así reza el artículo 2.2:

«Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

Dicho precepto fue desarrollado en la Observación general n.º 20, sobre «La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales», aprobada en junio de 2009, donde el CESCR confirmó que el término «otra condición» en la no discriminación del citado artículo 2 abarcaba motivos adicionales de discriminación prohibidos, incluidos los relativos a la nacionalidad, lo que deriva a entender que los derechos reconocidos en el Pacto sean «aplicables a todos, incluidos los no nacionales, como los refugiados, los solicitantes de asilo, los apátridas, los trabajadores migratorios y las víctimas de la trata internacional, independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean»[401].

Entre los escasos dictámenes/pronunciamientos que hemos encontrado con relación a denuncias de extranjeros por vulneración del PIDESC, vamos a citar un asunto que consideramos curioso de 2014, el caso *A.M.B c. Ecuador*[402], donde A.M.B actúa en nombre su hijo menor de edad, C.A.P.M. Los actores son de nacionalidad colombiana y habían solicitado refugio en Ecuador. Se planteó ante el Comité un caso de discriminación hacia un menor de edad extranjero, ya que se le impidió la participación en un torneo de fútbol de menores alegando que no tenía la nacionalización ecuatoriana, a pesar de la concesión de estatuto de refugiado y, posteriormente, del visado. La madre recurre en primer lugar a instancias locales y ante el escaso éxito acude al Comité por vulneración del artículo 2 sobre el ejercicio de los derechos del Pacto sin discriminación, en relación al derecho a la educación, a la participación en la vida cultural, y a las medidas especiales de protección en favor de niños y adolescentes de los artículos 10.3, 13 y 15 del Pacto. Estos preceptos propugnan la protección de los niños si discriminación alguna, el derecho a la educación orientada hacia el pleno desarrollo de la personalidad, así como la participación en la vida cultural. A pesar del planteamiento, en cierto modo novedoso por alegar el incumplimiento de este instrumento en lugar de otros más específicos en la defensa de los derechos de los menores, lo cierto es que el Comité finalmente tuvo que

[401] Observación general n.º 20 del CESCR, «La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)», E/C.12/GC/20, párr. 30.
[402] Dictamen del CESCR de 20 de junio de 2016, comunicación n.º 3/2014, *A.M.B c. Ecuador*.

inadmitir la denuncia, no por falta de argumentación, sino debido a que incumplía lo dispuesto en el artículo 3 del Protocolo Facultativo del Pacto ya que no se habían agotado todos los recursos internos existentes[403].

Finalmente, cabe señalar que, a pesar de que son escasos los asuntos en que se apela al incumplimiento o vulneración de este Pacto para la defensa de los derechos de los extranjeros en caso de expulsión, entendemos que podría ser una herramienta más a utilizar en la defensa de ciertos derechos, principalmente, en cuanto a la defensa de la participación en la educación o en la vida cultural, aunque para ello tengan que salvar dos escollos nada menores y comunes en otros instrumentos similares como son el haber agotado las vías internas y que el país responsable sea signatario del Protocolo Facultativo.

[403] Artículo 3.1: «El Comité no examinará una comunicación sin antes haberse cerciorado de que se han agotado todos los recursos disponibles en la jurisdicción interna (…)».

CAPÍTULO III

LA EXPULSIÓN Y LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. INSTRUMENTOS QUE PROTEGEN FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN

«*El racismo es la mayor amenaza para el hombre,*

el máximo del odio por el mínimo de razón»

Abraham J. Hesche

I. INTRODUCCIÓN

Una vez planteado cómo en el Derecho internacional encontramos instrumentos internacionales (aunque no una norma específica vinculante) que actúan como límites frente a la capacidad de los Estados de expulsar a personas extranjeras, vamos a ver a continuación cómo en el ámbito de los derechos humanos existe una mayor protección a la hora de delimitar las obligaciones que deben cumplir los Estados con las personas extranjeras. Así, cuando forman parte de tratados internacionales en este ámbito, los Estados asumen deberes y obligaciones en virtud del derecho y se comprometen a respetar, proteger y promover los derechos humanos, haciendo que esa obligación de respeto suponga, en ocasiones, el deber de abstenerse de restringir derechos o de interferir en su realización, aunque esta norma general no se observa siempre en el ámbito de la expulsión de extranjeros.

Por otro lado, la obligación de proteger de los Estados no solo se refiere a evitar posibles violaciones de los derechos humanos, sino que también supone promover la adopción de medidas positivas para facilitar la realización de los derechos humanos básicos, además de proteger y garantizar[404].

A este escudo hay que añadir el Derecho interno ya que proporciona la más inmediata protección jurídica de los derechos humanos garantizados por el Derecho internacional. Cuando los procedimientos jurídicos nacionales no son suficientes, existen mecanismos y procedimientos a escala regional e internacional para atender las denuncias individuales y de grupo, con miras a procurar que se respeten, apliquen y hagan cumplir

[404] CARRILLO SALCEDO, J.A., *Soberanía del Estado y* Derecho *internacional*, Tecnos, Madrid, 1976, p. 284.

a escala local las normas internacionales en materia de derechos humanos[405]. Ahí es donde entran en juego las declaraciones, tratados e instrumentos jurídicos internacionales a los que nos vamos a referir en este trabajo, en concreto, en lo que respecta o puede afectar o aplicarse a los supuestos de expulsión de extranjeros.

Vamos a comenzar por señalar que la igualdad y la no discriminación se contemplan, de manera genérica, como principios, y de manera concreta, como derechos, al mismo nivel de la dignidad. Así, este binomio, normalmente inescindible, constituye la base para conformar la normativa sobre la que se sustenta el reconocimiento de los derechos de toda persona «sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición»[406].

En el Derecho internacional anterior a la Carta de las Naciones Unidas no existían normas universales positivizadas sobre el tratamiento que un Estado pudiera dar a los extranjeros más allá de regular su posición jurídica conforme a un estándar mínimo de justicia y civilización del Derecho internacional general (respeto a su integridad personal, sus bienes, su derecho general a no ser discriminados ni tratados arbitrariamente, etc). Pero tales obligaciones se debían a la nacionalidad del extranjero en cuestión y no directamente a los individuos, ya que estos «no eran titulares de derechos subjetivos en el Derecho internacional tradicional»[407].

A raíz de la DUDH, se consagran en su artículo 2 los derechos y libertades que corresponden a toda persona, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Asimismo, el artículo 7 de la Declaración reconoce que todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que la infrinja y contra toda provocación a tal discriminación.

Los esfuerzos normativos realizados desde entonces, tanto vinculantes y de carácter global, aunque más bien programáticos, como otras normas internacionales más específicas, han supuesto un paso importante para la no discriminación de aquellos que no ostentan la misma nacionalidad del país en el que se encuentran. De todas ellas, nos vamos a centrar en los preceptos aplicables respecto a la expulsión de los extranjeros, por cuanto van a representar un límite frente a posibles tentaciones discrecionales de capacidad soberana de los Estados.

---

[405] HÜFNER, K. y SCHLAAK, C., *Violaciones de los Derechos Humanos, op.cit*., pp. 11-13.

[406] Tal como sostiene el art. 2.1 de la DUDH.

[407] CARRILLO SALCEDO, J.A., *Dignidad frente a la barbarie: la Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después,* Mínima Trotta, Madrid, 1999, p. 28.

Entre los distintos tipos y motivos de discriminación frente a las personas extranjeras que han ido empañando la evolución de las sociedades, vamos a comenzar por la discriminación racial, étnica o nacional. La discriminación en general, y la racial o étnica en particular, viene a constituir una de las manifestaciones más relevantes de lo que ha sido considerado como un nuevo racismo que ha sustituido al referente biológico «razas» de los planteamientos racistas tradicionales por el referente sociológico de la cultura. Así, esta nueva concepción bascula de la segregación o separación histórica o heredable basada en unas claras diferencias genéticas hacia la procedencia u origen nacional o étnico, el linaje y el origen o procedencia social[408].

El concepto de «raza» ha servido de fundamento para la exclusión de colectivos que son estigmatizados por sus costumbres o por ser considerados como una amenaza para la integridad nacional[409]. Incluso, parte de la doctrina postula la existencia de un «racismo sin razas» que no se fundamenta en la herencia biológica sino en las diferencias culturales, un racismo que, a primera vista, no defiende la superioridad de unos grupos o pueblos respecto de otros sino «simplemente» la nocividad de la desaparición de las fronteras, la incompatibilidad de las formas de vida y de las tradiciones, lo que se ha llamado un racismo diferencial[410].

Por su parte, cabe recordar que el término «nacionalidad», ya desarrollado en el Capítulo 1, ha sido definido por el Tribunal Internacional de Justicia como «un vínculo legal cuyo fundamento es un hecho social de adhesión, una auténtica conexión de existencia, intereses y sentimientos, junto con la existencia de derechos y deberes recíprocos»[411].

La discriminación basada en la nacionalidad o el origen nacional se encuentra prohibida en varios instrumentos de Derecho internacional que se incardinan, principalmente, en el ámbito de los derechos humanos, como en la DUDH, o en el PIDCP,

---

[408] RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª.F., *Igualdad y Discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 182.

[409] En el derecho antidiscriminatorio la teoría del estigma procede de Kenneth Karst, para quien el centro de la idea de igualdad es el derecho de igual ciudadanía que garantiza a cada individuo el derecho a ser tratado por la sociedad como un miembro respetado, responsable y participante. En concordancia con lo anterior, este derecho de igual ciudadanía prohíbe a la sociedad tratar a un individuo como un miembro de una casta inferior o dependiente o como un no-participante; aquél protege contra la degradación o imposición de un estigma que es la actitud con la que los «normales», «la mayoría» miran a aquellos que son diferentes. Como señala Rey Martínez, las minorías raciales encajan a la perfección en la categoría de «casta» víctima de un «estigma». Véase REY MARTÍNEZ, F., «La discriminación racial en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Pensamiento Constitucional*, n. º 17, 2012, p. 295.

[410] CACHÓN RODRÍGUEZ, L., «Discriminación en el trabajo de las personas inmigradas y lucha contra la discriminación», en GARGANTÉ, S., *La Discriminación Racial. Propuestas para una legislación antidiscriminatoria en España*, Icaria, Barcelona, 2003, pp. 43-45.

[411] Véanse, en este sentido, el capítulo I y la Sentencia de la CIJ de 6 de abril de 1955, *Caso Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, I.C.J. Reports 1955, párr. 4.

previamente analizados[412]. Dejando de lado la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948, que obliga a los Estados a castigar la «instigación directa y pública a cometer genocidio» (art. 3.c) como modalidad extrema de expresión de odio, cabe señalar precisamente que el PIDCP dispone en su art. 20.2 que «toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley»[413].

Pero sin necesidad de llegar al extremo de la apología del odio nacional, hay otras conductas también recriminables de comportamientos discriminatorios contemplados en otros instrumentos internacionales, de los cuales, sin duda, el más completo que regula expresamente la discriminación racial es la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, sobre la que vamos a analizar la limitación que puede suponer para la expulsión de extranjeros en determinadas circunstancias.

Igualmente, veremos cómo desde los instrumentos que regulan la protección internacional también se contempla la discriminación por razón de raza, así el artículo 3 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 establece que «los Estados contratantes aplicarán las disposiciones de esta Convención a los refugiados, sin discriminación por motivos de raza, religión o país de origen».

II. LÍMITES A LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS DESDE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE PROTEGEN LOS DERECHOS HUMANOS

Partiendo del principio reconocido de Derecho internacional según el cual los Estados pueden adoptar medidas en el ámbito del control de fronteras, cabe afirmar que dicha potestad incluye la devolución de aquellos inmigrantes en situación administrativa irregular que no tengan derecho a permanecer en el país de destino. Ese derecho soberano del Estado, que prima sobre la pretensión del extranjero a permanecer en el país, ha sido afirmado reiteradamente por la Asamblea General de Naciones Unidas[414] y, en el ámbito europeo, recogido por la jurisprudencia del TEDH[415].

[412] Véase el capítulo I.

[413] ROLLNERT LIERN, G., «El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 115, 2019, pp. 89-91.

[414] Véase, a modo ilustrativo, la Resolución de la AGNU 69/167, de 12 de febrero de 2015 (A/RES/69/197).

[415] Cabe citar, como emblemática, la STEDH de 28 de mayo de 1985, *Abdulaziz, Cabales y Balkandani c. Reino Unido*. El TEDH mantuvo que los controles nacionales de inmigración deben ejercitarse de acuerdo con el CEDH. El Tribunal encontró también que las medidas de inmigración, que permitían a las esposas, pero no a los maridos de residentes permanentes entrar para reunirse con sus cónyuges, violaban el artículo 14 junto con el artículo 8 del Convenio como discriminación del derecho al respeto de la vida familiar. El Tribunal también halló que las demandantes no habían recibido un recurso legal

Por otro lado, para proteger los derechos de la persona en el ámbito internacional, es preciso partir de la Carta Internacional de Derechos Humanos, formada por la DUDH, el PIDESC, el PIDCP y sus respectivos Protocolos Facultativos, a los que ya hemos hecho alusión con anterioridad. Este sistema de protección de los derechos humanos incluye también una serie de mecanismos que operan ante el Consejo de Derechos Humanos, que reemplazó a la Comisión de Derechos Humanos en 2006[416], y que resumimos a continuación:

- La posibilidad de presentar denuncias de carácter confidencial en virtud del procedimiento 5/1 «para abordar los cuadros persistentes de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de los derechos humanos y las libertades fundamentales que ocurren en cualquier parte del mundo bajo cualquier circunstancia»[417].
- Los procedimientos especiales del CDH, por los que designa un Relator, un Grupo de Trabajo o un Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para considerar las violaciones de los derechos humanos relativos a una situación particular en un país o a un problema temático en todas las regiones del mundo. El mandato del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes fue creado en 1999 por la Comisión de Derechos Humanos, de conformidad con la Resolución 1999/44, y entre otras funciones, se encuentra la de presentar informes a la Asamblea General. En 2020 la temática de los mismos giró en torno al derecho a la libertad de asociación de los migrantes y sus defensores[418], y los informes de situación de los migrantes como consecuencia de las visitas del Relator Especial a Bosnia y Herzegovina, Hungría y Níger[419].
- El examen periódico universal (EPU), es un proceso dirigido por los Estados bajo los auspicios del CDH que garantiza que las obligaciones en

efectivo a sus reclamaciones de violación del artículo 13, en la medida en que las apelaciones solo pueden considerarse por mala aplicación de la ley, no como un desafío a la propia ley. El Tribunal no encontró que las medidas de inmigración supusieran una discriminación por motivos de raza o nacimiento, ni que constituyeran un tratamiento inhumano o degradante en violación del artículo 3.

[416] El Consejo de Derechos Humanos fue fundado por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 3 de abril de 2006 (A/RES/60/251).

[417] Resolución 5/1 del CDH del 18 de junio de 2007 (A/HRC/RES/5/1). Anteriormente, el procedimiento 1503 en virtud de la Resolución 1503 del ECOSOC (XLVIII), de 27 de mayo de 1970.

[418] Véase GONZÁLEZ MORALES, F., *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes. Derecho a la libertad de asociación de los migrantes y sus defensores*, Documento A/HRC/44/42, 13 de mayo de 2020.

[419] El Relator Especial, Felipe González Morales, realizó una visita a Hungría del 10 al 17 de julio de 2019 (A/HRC/44/42/Add.1). También visitó Bosnia y Herzegovina del 24 de septiembre al 1 de octubre de 2019 (A/HRC/44/42/Add.2). La visita a El Salvador, prevista inicialmente para 2020, se aplazó hasta 2021 a petición del Gobierno. El Relator Especial agradeció al Gobierno de Kuwait su invitación para visitar el país en 2020 y espera recibir invitaciones en el futuro próximo.

materia de derechos humanos de los 193 Estados miembros de las Naciones Unidas sean sometidas a un control.

La importancia para los derechos de los inmigrantes de estos mecanismos basados en la Carta de las Naciones Unidas, a diferencia de los mecanismos previstos en otros tratados, radica en que son aplicables a todos los Estados miembros de las Naciones Unidas, hayan ratificado o no cualquiera de los tratados internacionales de derechos humanos, incluido cualquier instrumento específico de protección de los migrantes[420].

A. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 frente a la discriminación

La Declaración Universal de Derechos Humanos fue aprobada con la aceptación inicial de 48 votos a favor y ningún voto en contra, pero con la abstención por parte de la Unión Soviética y sus cinco Estados socialistas coligados, así como las de Arabia Saudí y Sudáfrica. Aunque esta Declaración tiene solamente el carácter de una recomendación y, por tanto, carece de efecto vinculante, ha desempeñado una función muy importante en el desarrollo de los instrumentos de protección de los derechos humanos, representando el ideal común que todos los pueblos y naciones deberían seguir[421]. A pesar de ello, Lauterpacht, en 1950, la describió como una decepción peligrosa, ya que al carecer de esa fuerza vinculante proporcionaba a los Estados una oportunidad para declarar que no eran jurídicamente responsables de la violación de los derechos humanos[422]. Sin embargo, Carrillo Salcedo, en un significativo trabajo de 1993, vino a defender sin ambages que la Declaración había pasado a tener una verdadera eficacia jurídica universal, como parte del Derecho internacional general aceptado por todos los Estados[423].

La declaración contiene derechos fundamentales (artículos 3-19), algunos derechos políticos (artículos 20-21), así como derechos económicos, sociales y culturales (artículos 22-28), sin determinar jerarquía alguna entre ellos.

Por cuanto interesa a este trabajo, lo primero que queremos destacar es que reconoce el derecho a emigrar, de forma que, al consagrarse como tal, es susceptible de

[420] UIP, OIT y ONU, *Manual para parlamentarios n.º 24 – Migración, derechos humanos y gobernanza*, Documento HR/PUB/15/3, 2015, p. 67.
[421] HÜFNER, K. y SCHLAAK, C., *Violaciones de los Derechos Humanos, op.cit*., pp. 11-13.
[422] KOSKENNIEMI, M., *La Política del Derecho Internacional.* Trotta, Madrid, 2020, p.169.
[423] CARRILLO SALCEDO, J. A.: "Algunas reflexiones sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos", en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco* / coord. por Manuel Pérez González; Manuel Díez de Velasco Vallejo (hom.), Tecnos, Madrid, 1993, pp. 167-178.

protección. Así, tal y como hemos avanzado en Capítulos precedentes, el artículo 13 establece que toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado, así como el derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país. Con lo que está reafirmando el derecho de movilidad de toda persona y, por tanto, también el derecho de emigrar de un país. Nada dice de la posibilidad de salir como imposición u obligación (por lo que también se infiere que no se puede obligar a un nacional a salir de su país y, por tanto, no cabe la expulsión de nacionales).

Por otro lado, en el artículo 13.2 se reconoce expresamente el derecho de toda persona a salir de cualquier país, incluso del propio, y de regresar a él. Lo que no se contempla es el derecho a entrar o de ser acogido en otro país. Así, los Estados, sin contravenir el principio de igualdad, tienen el derecho de decidir sobre las condiciones de entrada como de permanencia de los extranjeros y, por tanto, no puede afirmarse que dicho artículo otorgue derecho alguno a la inmigración, individual o colectiva[424] (sí a la emigración, pero nada establece respecto a la inmigración). El único precepto que menciona expresamente un concepto del Derecho migratorio en el sentido de la inmigración es el artículo 14, al referirse al «derecho a buscar asilo y a disfrutar de él» (que no al derecho a obtenerlo, entendemos que buscar o disfrutar no implica lo mismo que otorgar obligatoriamente). Dicho artículo dispone:

> «1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.
>
> 2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas».

En lo que atañe específicamente a los extranjeros, ya desde el preámbulo de la Declaración no se permite establecer ninguna distinción entre las personas al considerar a todos como miembros de la familia humana, lo que implica la igualdad plena de derechos y de trato entre nacionales y extranjeros. Igualdad que reconoce en el artículo 1 sentando posiciones al disponer que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, para apostillar en el artículo siguiente que:

«Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente,

[424] CANO, Mª. A., «Protección internacional de los Derechos Humanos de los trabajadores migratorios», *Persona y Derecho*, núm. 63, 2010, pp. 137-162.

como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía»[425].

Por tanto, también prohíbe expresamente la discriminación por origen nacional, o lo que podemos interpretar por nacionalidad de origen.

Este principio de no discriminación[426] se refuerza con el artículo 7, al disponer lo siguiente: «Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación».

El reconocimiento igualitario a todo ser humano se extiende a varios ámbitos como al de la prohibición de torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 7) que, como veremos, constituye la única protección de carácter absoluto existente en la actualidad[427], así como a la protección y garantías procesales (arts. 8 a 11), preceptos que entran en juego a menudo en los casos de expulsión hacia países en los que pueden verse comprometidos tales derechos. Por su parte, tal prohibición de discriminación se traslada al ámbito de la vida privada, como analizaremos en detalle en relación a la consideración de los vínculos familiares y sociales en los casos de expulsión:

«Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques» (art. 12).

Esta Declaración y los derechos reconocidos en la misma empiezan a construirse a través de dos instrumentos que estudiamos a continuación. La razón de que se estructure en dos textos es que la comunidad internacional es conocedora del deber de tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Así quedó plasmado en junio de 1993 en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, donde se recuerda que los Estados signatarios de la Declaración Universal deben garantizar los derechos

[425] Véanse también el art. 2.1 PIDCP: «Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción sin distinción por motivos de raza color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social» y el art. 2.2. PIDESC: «Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

[426] En el art.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada en 1965, las mismas Naciones Unidas definieron la discriminación como «toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en raza, color, linaje, origen nacional o étnico que por objeto o por resultado menoscabe, anule el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales (…)» (véase la Resolución de 21 de diciembre de 1965 de la AGNU (A/RES/2106(XX)).

[427] Véase el Capítulo V.

económicos, sociales y culturales (alimentación, vivienda, trabajo, salud, educación...) en igual medida que los derechos civiles y políticos (libertad, seguridad, justicia)[428].

B. La Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1963

Centrándonos ya en el ámbito de la discriminación, vamos a comenzar haciendo referencia a la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, aprobada en 1963[429], ya que fue el primer instrumento adoptado por la ONU dedicado específicamente a la discriminación racial. Aunque no se trata de un instrumento jurídicamente vinculante, su importancia radica en que esta Declaración sentó las bases para la adopción, dos años después, del tratado vinculante por excelencia que lo regula expresamente, la Convención contra la Discriminación Racial de 1965. Esta Declaración, además, tiene el valor de seguir siendo una importante fuente de normas internacionales en la que apoyarse al plantear cuestiones de discriminación racial, especialmente en países que no han ratificado la citada Convención.

El artículo 1 de la Declaración plantea las bases para actuar frente a la discriminación racial condenando esta conducta como una negación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas:

«La discriminación entre los seres humanos por motivos de raza, color u origen étnico es un atentado contra la dignidad humana y debe condenarse como una negación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas». Continúa el artículo 2 afirmando que ningún Estado, institución, grupo o individuo «establecerá discriminación alguna en materia de derechos humanos y libertades fundamentales en el trato de las personas, grupos de personas o instituciones, por motivos de raza, color u origen étnico».

La Declaración pasa a continuación a establecer una serie de medidas que hay que adoptar para erradicar la discriminación racial a manos de entidades públicas y privadas e individuos, incluyendo medidas especiales (disposiciones positivas), la condena de la propaganda del odio, y numerosas medidas más de prevención y protección que, al no

[428] Una iniciativa necesaria, ya que desde el comienzo se descuidó a los primeros por razones históricas e ideológicas. En los años cincuenta la elaboración de un pacto que diera eficacia jurídica a la Declaración suscitó un acalorado debate. Así, mientras el francés René Cassin era partidario de un texto único, el bloque occidental y el bloque comunista se oponían a esa iniciativa: el primero insistía en que prevalecieran los derechos políticos; el segundo, apoyado por algunos países en desarrollo, daba en cambio prioridad a los derechos económicos. Se llegó a una solución de compromiso, que se tradujo, en 1966, en la redacción de dos Pactos, uno sobre los Derechos Civiles y Políticos, cuya aplicación debía ser inmediata, y otro sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de aplicación progresiva.

[429] Adoptada en la Resolución de la AGNU de 20 de noviembre de 1963 (A/RES/1904(XVIII)).

aplicarse directamente a los casos de expulsión de extranjeros, no vamos a desarrollar con más detalle.

C. La Declaración sobre los derechos humanos de las personas que no poseen nacionalidad del país en el cual viven de 1985

Refiriéndonos ahora expresamente a la discriminación por nacionalidad, que determina la diferencia entre nacional y extranjero[430], es preciso recordar que la cuestión de los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven se había planteado por primera vez en el 25º período de sesiones de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, en el marco de su mandato básico de formular recomendaciones a la Comisión de Derechos Humanos sobre la prevención de toda clase de discriminación contraria a los derechos humanos y a las libertades fundamentales. En ese período de sesiones, celebrado en agosto de 1972, la Subcomisión aprobó la Resolución 8 (XXV), en la que recomendaba que la Comisión de Derechos Humanos considerase el problema de la aplicabilidad de las disposiciones existentes para la protección jurídica internacional de los derechos humanos de los individuos que no son ciudadanos del país en que viven, y considerase qué medidas convendría adoptar en la esfera de los derechos humanos.

En 1977, en esta misma línea, una nueva Resolución de la Asamblea General recomendó un estudio a la Comisión de Derechos Humanos sobre la cuestión de las disposiciones internacionales de protección de derechos humanos de los no nacionales[431]. Es así como en 1980, Elles Baronnese, experta de la Subcomisión para la Promoción y la Protección de Derechos Humanos, realizó un estudio titulado *Disposiciones internacionales para la protección de los derechos humanos de los no nacionales*[432], en el cual señaló la premisa que compartimos sobre que la falta de precisión y de claridad de los instrumentos internacionales existentes perjudicaría la protección efectiva y universal de los extranjeros, lo que refleja la necesidad evidente de un instrumento internacional que colme la ambigüedad de dichos instrumentos[433], pronunciamiento en línea con una de las premisas de este trabajo: la necesidad de un instrumento internacional que supla el vacío actual en materia de expulsión de extranjeros.

---

[430] Véase Capítulo I.

[431] Resolución de la AGNU de 16 de diciembre de 1977 (A/RES/32/120).

[432] Véase BARONESS, E., *Disposiciones internacionales de protección de los derechos humanos de los no ciudadanos*, E/CN.4/Sub.2/392/Rev.1, Naciones Unidas, Nueva York, 1980.

[433] Véase CASTRO FRANCO, A., *La Gobernanza internacional de las migraciones. De la gestión migratoria a la protección de los migrantes*, Universidad Externado de Colombia, 2016, cap. 1.

Fue a partir de estas conclusiones que en 1985 se adoptó la «Declaración sobre los derechos humanos de las personas que no poseen nacionalidad del país en el cual viven». Se trataba de un instrumento que, aunque no fuera vinculante, buscaba contribuir a la protección de los derechos de los extranjeros estableciendo una lista de derechos que debían garantizárseles[434].

De esta Declaración vamos a destacar, por lo que atañe al objeto de estudio de este trabajo, dos preceptos a través de los cuales se reconoce, por un lado, y en primer lugar, que no debería interpretarse su contenido para legitimar la entrada o presencia ilegal de un extranjero, pero tampoco en el sentido de establecer diferencias entre nacionales o extranjeros por el simple hecho de serlo.

Por otro lado, se reconoce la posibilidad de expulsar a los extranjeros, incluyendo aquellos que se encuentren legalmente en el territorio de un Estado, pero solo por los motivos que establezca la ley y en determinadas circunstancias, prohibiendo expresamente las motivaciones discriminatorias.

Así, el artículo 2.1 dispone:

«Ninguna disposición de la presente Declaración se interpretará en el sentido de legitimar la entrada ni la presencia ilegales de un extranjero en cualquier Estado. Tampoco se interpretará ninguna disposición de la presente Declaración en el sentido de limitar el derecho de cualquier Estado a promulgar leyes y reglamentaciones relativas a la entrada de extranjeros y al plazo y las condiciones de su estancia en él o a establecer diferencias entre nacionales y extranjeros (…)».

Por su parte, el Artículo 7 añade:

«Un extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado solo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional lo impidan, se le permitirá que presente sus razones para oponerse a que lo expulsen y que someta su caso a examen de la autoridad competente o de una persona o personas especialmente designadas por la autoridad competente, así como que esté representado a esos efectos ante dicha autoridad, persona o personas. Queda prohibida la expulsión individual o colectiva de esos extranjeros por motivos de raza, color, religión, cultura, linaje u origen nacional o étnico».

Más tarde, a solicitud de la Subcomisión para la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos, David Weissbrodt presentó en 2003 un informe en el cual dio cuenta de otra de las cuestiones gordianas en esta materia, las diferencias entre los marcos

[434] Sirvió de base para los trabajos posteriores de la Asamblea General que llevaron a la redacción de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y los miembros de su familia.

normativos aplicables a los no nacionales[435]. En este informe se destacaba también que los Estados deben evitar los tratamientos diferenciados entre ciudadanos y no nacionales ya que con estas diferencias se corre el riesgo de crear desigualdades en el disfrute y goce de sus derechos. Insiste, igualmente, sobre la necesidad de adoptar normas claras y detalladas para regular los derechos de los migrantes, velar para que los Estados los respeten y asegurar su seguimiento eficaz[436].

III. NORMAS INTERNACIONALES VINCULANTES SOBRE DISCRIMINACIÓN RACIAL Y LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS: LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL DE 1965

A. Los caracteres de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965

Centrándonos ya en las normas internacionales vinculantes, vamos a analizar ahora uno de los primeros instrumentos en aprobarse en este ámbito, dentro del compendio que estamos estudiando de la protección de los derechos humanos aplicable a la expulsión de extranjeros, que es la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965, entrando en vigor el 4 de enero de 1969. En la actualidad forman parte de ella 182 Estados.

La estructura de este texto se divide en un Preámbulo que hace referencia a la DUDH y los convenios contra las formas de discriminación racial; la Parte I, que comprende en siete artículos la definición y los derechos reconocidos; la Parte II (artículos 8-16), que enuncia las obligaciones y los compromisos, y la Parte III (artículos 17-25), que presenta las disposiciones finales.

El órgano creado para supervisar la correcta aplicación de la citada Convención Internacional es el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, cuyas funciones principales son examinar informes, resolver comunicaciones individuales, y

[435]WEISSBRODT, D., *Informe final del relator especial, David Weissbrodt – Prevención de la discriminación: los derechos de los no ciudadanos*, E/CN.4/Sub.2/2003/23, 26 de mayo de 2003.

[436] *Ibid*., apartado 4: «Reitera la conclusión del estudio de que el trato discriminatorio sistemático de los no ciudadanos en contravención de los instrumentos internacionales de derechos humanos pertinentes demuestra la necesidad de normas claras y exhaustivas que regulen los derechos de los no ciudadanos y su aplicación por los Estados y procuren una vigilancia internacional más eficaz del cumplimiento».

formular opiniones y recomendaciones que se comunican a la Asamblea General[437]. Por tanto, las personas o grupos de personas que aleguen ser víctimas de violaciones del Convenio, pueden dirigirse a este Comité por escrito (según el artículo 14), siempre que hayan agotado previamente todos los recursos internos disponibles. Hasta aquí, su funcionamiento es similar al de otros órganos de control. Sin embargo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial se desmarca respecto a otros órganos internacionales en el hecho de que lleva a cabo también dos métodos de trabajo «innovadores»: las «medidas de alerta temprana» y los «procedimientos de urgencia». Estos procedimientos, basados en lo previsto en el artículo 9.1 de la Convención, se adoptaron en 1993 como medio para contribuir a que las violaciones de derechos humanos no se intensificaran y se convirtieran en un conflicto, y para responder a problemas que puedan exigir atención inmediata, a fin de prevenir o limitar la escalada o el número de violaciones graves de la prohibición de la discriminación racial. El hecho de prever estas medidas nos da una pista evidente de que las vulneraciones en este sentido son una realidad.

Comienza el artículo 1 de la Convención, definiendo la expresión «discriminación racial» como «toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico», siempre que tenga por objeto o por resultado «anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública».

Sin embargo, en lo que se refiere al estudio de las diferencias de trato con respecto a los extranjeros, en tanto no nacionales, desde nuestro punto de vista este texto contiene un «salvoconducto» al que se acogen con frecuencia los Estados para justificar ser parte del Convenio y al mismo tiempo otorgar diferencias de trato. Dicha posibilidad se basa en la redacción del artículo 1, párrafo 2, de la Convención, que permite tratar de manera diferente a sus propios nacionales y a los extranjeros, siempre y cuando esta distinción no persiga objetivos discriminatorios basados en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, ni dé lugar a tales consecuencias, basándose en la distinción entre ciudadanos y no ciudadanos, recordando aquí la frase citada de Kistieva cuando afirmaba que entre el hombre y el ciudadano hay una cicatriz: el extranjero[438]. Así, este precepto dispone que «esta Convención no se aplicará a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado parte en la presente Convención entre ciudadanos y no ciudadanos».

[437] Véase VAN BOVEN, T. C., "The petition system under ICERD. An unfullfilled promise" en ALFREDSSON, G. (ed.), *International human rights monitoring mechanisms. Essays in honour of Jakob Th. Möller*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009 (2ª ed.), pp. 83-90.

[438] KISTIEVA, J., *Extranjeros para nosotros mismos, op.cit.,* p. 118.

El Comité aclaró la interpretación de este apartado en su Recomendación general n.º 11 afirmando que no supone eximir «a los Estados Parte de toda obligación de presentar informes sobre cuestiones relativas a la legislación concerniente a los extranjeros»[439], ya que «los Estados Partes están obligados a presentar un informe completo sobre la legislación relativa a los extranjeros y su aplicación»[440]. Por otro lado:

«El Comité afirma además que no debe interpretarse el párrafo 2 del artículo 1 en el sentido de que desvirtúa de algún modo los derechos y libertades reconocidos y enunciados en otros instrumentos, en especial la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos»[441].

A este respecto además es preciso señalar otro aspecto, aunque hay no pocos argumentos a favor de considerar que «la exclusión» no es discriminación[442], llamamos la atención sobre el hecho de que el artículo 1 de la Convención, tal y como hemos señalado, incluye expresamente en el concepto de «discriminación racial» toda exclusión basada en motivos de raza. Por tanto, podría plantearse ya si la exclusión es práctica discriminatoria o no.

Por otro lado, y en sentido opuesto, también es preciso señalar la opinión mayoritaria a la hora de valorar la existencia de vulneración de la Convención, en caso de extranjeros que se basan en su condición de tales para alegar discriminación frente a decisiones de un Estado, entendiendo que no es suficiente esta condición para que el órgano encargado dictamine que ha habido vulneración de los derechos contenidos en el texto[443].

Sin embargo, en paralelo a estas discusiones, el párrafo 3 de ese mismo artículo 1 establece que ninguna de las cláusulas de la Convención podrá interpretarse en un sentido que afecte en modo alguno a las disposiciones legales de los Estados parte sobre nacionalidad, ciudadanía o naturalización, siempre que tales disposiciones no establezcan discriminación de ninguna nacionalidad en particular. Por lo que deja a salvo las regulaciones específicas que los Estados establezcan con respecto a los extranjeros.

En todo caso, y manteniendo el espíritu del texto, el precepto siguiente añade que los Estados se obligan a condenar la discriminación racial y «se comprometen a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la

[439] Recomendación general n.º 11 del CERD, «relativa a los no ciudadanos», A/48/18, 19 de marzo de 1993, párr. 2.
[440] *Ibid*.
[441] *Ibid*, párr. 3.
[442] CERD, Comunicación n.º 50/2012, CERD/C/84/D/50/2012, 18 de febrero de 2004, párr. 4.5.
[443] Véase el examen de la cuestión de fondo en la arriba citada Comunicación n.º 50/2012, pp. 16 y 17.

discriminación racial en todas sus formas y a promover el entendimiento entre todas las razas» (art. 2.1).

A nuestro entender, la mayor parte de las diferencias de trato se basan, precisamente, en la consideración jurídica de nacional o de extranjero, de ciudadano o no ciudadano, por el hecho de serlo, sin más, sin tener que recurrir necesariamente al racismo o la xenofobia. Es decir, solo por no ser ciudadano o nacional de un Estado. Así que podemos afirmar que el primer motivo de «diferencia de trato» en el mundo, y con el beneplácito de todos los sistemas jurídicos, quedaría al margen del principal texto jurídico internacional creado para promover la igualdad de derechos sin discriminación de origen nacional o racial.

Por otro lado, la Convención hace referencia a uno de los temas latentes que sobrevuela muchas tendencias discriminatorias, el poder de la propaganda del odio, por lo que el artículo 4 establece medidas adicionales que han de tomar los Estados para hacer frente a este problema. En esta disposición, que además se erige como una limitación justificada a la libertad de expresión, la Convención exige a los Estados que condenen toda la propaganda y a cuanta organización se base en ideas de superioridad de una raza o etnia, o que intente justificar o promover el odio y la discriminación racial[444].

Para ello, en este precepto se atribuyen armas suficientes a los Estados para luchar contra estas situaciones, al poder declarar como acto punible conforme a ley[445]:

- Toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial.
- Todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico.
- Toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación.

Estas acciones están adaptándose en la actualidad, especialmente, a los actos cometidos a través de los avances en los medios tecnológicos y digitales, principalmente, a través de las redes sociales, algo que, aunque no estaba previsto en los años 60, cuando

[444] Asimismo, el PIDCP de 1966 estableció límites a la libertad de expresión. El artículo 19 contempla la posibilidad de restricciones para «asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás» y para «la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas»; y el artículo 20 prohíbe «toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia».

[445] En concreto, la Decisión Marco 2008/913/JAI, de 28 de noviembre, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, de la Unión Europea, establece unas directrices básicas que deben recogerse en todos los estados miembros de la Unión. También es destacable en este sentido, el Protocolo Adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia, relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos de 2003, del Consejo de Europa. En España, la última reforma del Código Penal responde a la exigencia de ajustarse a dicha regulación europea y a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, que impuso una interpretación restrictiva del delito de negación del genocidio, limitando su aplicación a los casos en que esta conducta implique una incitación al odio u hostilidad contra minorías.

se aprobó este texto, sí lo está en la actualidad, como veremos más adelante al estudiar otros instrumentos[446].

B. Derechos expresamente reconocidos a los extranjeros por la Convención

Es preciso comenzar resaltando que la Convención garantiza derechos no solo a los nacionales de los Estados que han ratificado el tratado, sino también a todas las demás personas que estén en el territorio de dicho Estado, es decir, a los extranjeros, independientemente de dónde procedan.

Así, reconoce expresamente derechos relevantes en caso de expulsiones o desplazamiento de refugiados retornados y desplazados internacionales como el derecho a la propiedad. Según el artículo 5.d), los Estados deben garantizar a todas las personas que estén en su territorio, sin discriminación racial ni étnica, el derecho a ser propietarias, «individualmente y en asociación con otros». En este mismo sentido se pronunció también el CERD en su Recomendación general n.º 22, «sobre los refugiados y las personas desplazadas», cuando estableció que todos los refugiados y personas desplazadas «tienen derecho, después de regresar a su lugar de origen, a que se les restituyan los bienes de que se les privó durante el conflicto y a ser indemnizados debidamente por los bienes que no se les puedan restituir. Todos los compromisos o declaraciones respecto de esos bienes hechos bajo coacción serán nulos y sin valor»[447].

Precisamente, siguiendo con el artículo 5.d), su apartado (i) garantiza el derecho «a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado» sin discriminación racial ni étnica. Aquí el Comité expresó su preocupación cuando, por ejemplo, Croacia se negó a permitir que 30.000 refugiados salieran de lo que el Comité

[446] Las instituciones internacionales y europeas no son ajenas a este problema. Prueba de esta preocupación es la intensa actividad que ha desarrollado la Unión Europea durante el último año, en la búsqueda de soluciones para este problema; a pesar de que al mismo tiempo ciertas formas de racismo han ido ganando cada vez más terreno en el discurso político europeo. Como hitos destacados de esta dedicación destacan la firma del Código de Conducta con las empresas tecnológicas, y la puesta en marcha de un Grupo de Alto Nivel, que ha involucrado a representantes de los Estados miembros de la Unión, del Parlamento Europeo, del Consejo de Europa, de ACNUR, de la OSCE, de la FRA, y de organizaciones de la sociedad civil como Amnistía Internacional, la Red Europea contra el Racismo, la Plataforma Europea de ONGs sociales, y la Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales e Intersex, con el fin de prevenir y combatir los crímenes de odio y el discurso del odio, con una especial dedicación a la contra-argumentación del discurso del odio online. También la UNESCO o la ECRI han destacado, en informes recientes, el crecimiento del discurso intolerante en Internet y redes sociales, contra diferentes minorías, y la necesidad de encontrar estrategias eficaces para combatirlo.

[447] Recomendación general n.º 22 del CERD, «relativa a los refugiados y las personas desplazadas», A/51/18, 24 de agosto de 1996.

calificó de «campamentos en los que reinaban condiciones espantosas»[448]. Aunque la Convención contra la Discriminación Racial no se ocupa del asilo como tal, el Comité ha evaluado los procedimientos para la concesión de asilo al examinar los informes de varios Estados. Por ejemplo, al estudiar el informe de Alemania de 1993, el Comité hizo la siguiente recomendación: «El Gobierno debería considerar la posibilidad de revisar algunas disposiciones restrictivas adoptadas recientemente respecto de los solicitantes de asilo para garantizar que no dieran lugar a discriminación alguna por motivos de origen étnico»[449]. Con lo que desliza, entre líneas, que sí se produjo tal discriminación por parte del Gobierno alemán.

Asimismo, al examinar el informe de Francia en 1994, el Comité expresó su preocupación ya que la aplicación de las leyes de inmigración y asilo «podrían tener consecuencias racialmente discriminatorias, en especial en relación con la imposición de limitaciones al derecho de apelación a las órdenes de expulsión y la disposición relativa a la detención preventiva de extranjeros en puntos de entrada por periodos excesivamente largos»[450].

Por tanto, el Comité puede, a través de sus informes, señalar conductas discriminatorias de actos, políticas o disposiciones nacionales que afectan a la circulación de extranjeros y que no respetan el contenido de la Convención.

C. Otros actos del Comité sobre discriminación racial en relación con la expulsión

No solo realiza informes el Comité, sino también pronunciamientos sobre casos concretos que puedan vulnerar el contenido de la Convención. Sin embargo, queremos señalar que no hemos encontrado, entre dichos pronunciamientos, ningún supuesto de expulsión de extranjeros en que se declare violación de este instrumento internacional, pero sí varias recomendaciones aplicables al objeto de estudio.

Así, por ejemplo, queremos destacar la Recomendación general n. º 30, «sobre la discriminación contra los no ciudadanos», aprobada en 2005, y en la que el CERD recomienda que los Estados parte de la Convención adopten medidas[451] para «que las

[448] AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Manual de uso contra la discriminación racial,* IOR 80/001/2001/s, 2001, pp. 23-24.

[449] Véase Documento de la ONU A/48/18 (1993).

[450] Véase Documento de la ONU A/49/18 (1994).

[451] Recomendación general n.º 30 del CERD, relativa a la discriminación contra los no ciudadanos, 05/10/04, 2004. Igualmente, propugnaba «eliminar la discriminación contra los no ciudadanos en relación con las condiciones y requisitos laborales, incluidas las normas y prácticas de trabajo con fines o efectos discriminatorios» (párr. 33) y «evitar y resolver los graves problemas con que suelen

garantías legislativas contra la discriminación racial se apliquen a los no ciudadanos, independientemente de su condición de inmigrantes»[452].

Asimismo, dedica el apartado VI a la expulsión y deportación de los no ciudadanos, con una serie de recomendaciones que reproducimos y que, a su vez, resumen los límites generales de la expulsión de extranjeros:

> «25. Velar por que las leyes relativas a la deportación u otras formas de remoción de los no ciudadanos de la jurisdicción del Estado Parte no discriminen por su objetivo o sus efectos entre los no ciudadanos por motivos de raza, color u origen étnico o nacional y para que los no ciudadanos tengan igualdad de acceso a recursos eficaces, incluido el derecho a impugnar las órdenes de expulsión, pudiendo utilizar efectivamente esos recursos;
>
> 26. Garantizar que los no ciudadanos no sean objeto de una expulsión colectiva, en particular cuando no haya garantías suficientes de que se han tenido en cuenta las circunstancias personales de cada una de las personas afectadas;
>
> 27. Velar por que los no ciudadanos no sean devueltos o trasladados a un país o territorio en el que corran el riesgo de ser sometidos a abusos graves de los derechos humanos, como tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes»[453].

Los Estados deben garantizar que los no ciudadanos implicados en actos relacionados con el terrorismo cuenten con procesos penales regulados por leyes internas que cumplan con normativa sobre refugiados[454]. Igualmente, el Comité ha expresado su preocupación por el incumplimiento de los artículos 1, 2 y 5, cuando los Estados no tienen procedimientos de asilo integrales que garanticen la observancia del principio de no devolución[455].

Finalmente, la citada Recomendación recoge en su párrafo 28 «evitar la expulsión de los no ciudadanos, especialmente de los residentes de larga duración, que pueda tener como resultado una interferencia desproporcionada en el derecho a la vida familiar».

Por lo tanto, a pesar de la soberanía de los Estados y su manifestación, en este caso, mediante la posibilidad de expulsar a un extranjero, y considerando la imposibilidad

---

enfrentarse los trabajadores no ciudadanos, en particular, los trabajadores domésticos no ciudadanos, tales como la servidumbre por deudas, la retención del pasaporte, la reclusión ilícita, la violación y las agresiones físicas»(párr. 34). El Comité aclaró también que «todas las personas deberán poder disfrutar de los derechos laborales y de empleo, incluida la libertad de reunión y sindicación, desde que se inicie hasta que se termine una relación laboral» (párr. 35).

[452] UIP, OIT y ONU, *Manual para parlamentarios n.º 24*, *op.cit*, p. 65.

[453] Recomendación general n.º 30 del CERD, *op.cit*, págs. 25-27.

[454] *Ibid*., párr. 20.

[455] *Ibid*., párr. 19.

de expulsar a un nacional, se evidencia, una vez más, es que se trata de una potestad con limitaciones y excepciones.

D. La doble discriminación: racial y género

Finalmente, es preciso hacer un inciso subrayando que la Convención contra la Discriminación Racial no exige que la discriminación sea «únicamente» por motivos de raza para que esté prohibida por dicho instrumento. De hecho, el Comité ha formulado también una interesante Recomendación general n.º 25, en 2000, «relativa a las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género», que comienza recordando que «la discriminación racial no siempre afecta a las mujeres y a los hombres en igual medida ni de la misma manera»[456], y que «existen circunstancias en que afecta únicamente o en primer lugar a las mujeres»[457] o más bien, les afecta de una forma diferente que a los hombres.

En dicha Recomendación, el CERD afirma lo siguiente en el párrafo 2:

«Determinadas formas de discriminación racial pueden dirigirse contra las mujeres en calidad de tales como, por ejemplo, la violencia sexual cometida contra las mujeres de determinados grupos raciales o étnicos en detención o durante conflictos armados; la esterilización obligatoria de mujeres indígenas; el abuso de trabajadoras en el sector no estructurado o desempleadas domésticas en el extranjero[458]. La discriminación racial puede tener consecuencias que afectan en primer lugar o únicamente a las mujeres, como embarazos resultantes de violaciones motivadas por prejuicios raciales; en algunas sociedades las mujeres violadas también pueden ser sometidas a ostracismo. Además, las mujeres pueden verse limitadas por la falta de remedios y mecanismos de denuncia de la discriminación a causa de impedimentos por razón de sexo, tales como los prejuicios de género en el ordenamiento jurídico y la discriminación de la mujer en la vida privada».

Haciendo referencia a un grupo étnico concreto, recordamos que el Comité ha incorporado el reconocimiento de las cuestiones relativas a la mujer en las detalladas medidas que propone que adopten los Estados en su Recomendación general n.º 27

[456] Recomendación general n.º 25 del CERD, «relativa a las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género», 20 de marzo del 2000, párr. 1.

[457] *Ibid*.

[458] Cabe destacar, en este punto, la reciente STJUE de 24 de febrero de 2022, asunto C-389/20, *TGSS (Chômage des employés de maison)*, sentenciando que las trabajadoras del hogar que estén dadas de alta en la Seguridad Social tendrán a partir de ahora derecho a cobrar el paro en España. En dicho fallo, el Tribunal europeo ha dictaminado que la normativa española es discriminatoria por razón de sexo, lo cual deriva en una situación de desamparo social para este colectivo.

relativa a la discriminación de los romaníes[459]. En su párrafo 10, el CERD recomienda a todos los Estados parte de la Convención «reconocer los daños causados por la deportación y la exterminación a las comunidades romaníes durante la segunda guerra mundial y considerar modos de compensarlas».

Cabe concluir el repaso por la Convención destacando que, si bien todos estos informes y recomendaciones no han servido para sancionar conductas que vulneren derechos de los extranjeros en casos de expulsión cuando vulneren el contenido del referido instrumento, al menos han servido para afear públicamente la conducta de los países infractores.

IV. OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES CONTRA LA DISCRIMINACIÓN POR RAZA U ORIGEN NACIONAL

En este apartado, vamos a referirnos a otros textos internacionales que vale la pena señalar, aunque carezcan de valor jurídico vinculante.

A. La Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas de 1992

Aprobada por la Asamblea General en su Resolución 47/135, del 18 de diciembre de 1992, esta Declaración se inspira en las disposiciones del artículo 27 del PIDCP relativas a los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas. Considera que la promoción y protección de los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas contribuyen a la estabilidad política y social de los Estados en que viven. De la citada Declaración, destacaremos el artículo 2.3:

«Las personas pertenecientes a minorías tendrán el derecho de participar efectivamente en las decisiones que se adopten a nivel nacional y, cuando proceda, a nivel regional respecto de la minoría a la que pertenezcan o de las regiones en que vivan, de toda manera que no sea incompatible con la legislación nacional».

La importancia de esta Declaración radica en que, en caso de que una legislación incorpore disposiciones discriminatorias en este sentido, podría alegarse este precepto para reforzar la argumentación, ya que incluso si no es vinculante esta Declaración sí

[459] Recomendación general n.º 27 del CERD, relativa a la discriminación de los romaníes, 16 de agosto del 2000. Véase AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Manual de uso contra la discriminación racial, op.cit.*, p. 24.

podría utilizarse como base para reforzar el argumento sobre violaciones de derechos humanos contrarias a instrumentos con valor internacional.

B. La Declaración y el Programa de Acción de Durban (de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia de 2001) y el Documento final de la Conferencia de Examen de Durban de 2009.

En este ámbito, vamos a destacar, en lo que puede aplicarse a la expulsión de extranjeros, que en los trabajos preparatorios del mismo se incluyeron estudios sobre la utilización de internet para difundir discursos de odio racial y difusión de propaganda racista[460]. En este sentido, se constató que:

«La xenofobia contra los extranjeros, en particular los migrantes, refugiados y los solicitantes de asilo, constituye una de las principales fuentes del racismo contemporáneo, y que las violaciones de los derechos humanos cometidas contra los miembros de esos grupos se producen generalmente en el contexto de prácticas discriminatorias xenófobas y racistas»[461].

El llamamiento realizado en 2001 durante la Conferencia de Durban (Sudáfrica), sobre la necesidad de intervenir en este ámbito no se vería correspondido con la eficacia frente a lo que se ha venido a denominar el «ciberodio», noción que se aplica a cualquier uso de las comunicaciones electrónicas de la información para diseminar mensajes o informaciones antisemitas, racistas, intolerantes, extremistas o terroristas[462].

En segundo lugar, se consagró la necesidad de eliminar la discriminación racial contra los migrantes, en particular los trabajadores migrantes, a los que nos referiremos en detalle al final del Capítulo. Subraya con preocupación que el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, entre otros factores, contribuyen al desplazamiento forzado y a la salida de personas de sus países de origen como refugiados y solicitantes de asilo.

---

[460] Véanse ONU, *Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia*, A/CONF.189/12, 31 de agosto a 8 de septiembre de 2001, que contiene tanto la Declaración como el Programa de Acción de Durban.

[461] HÜFNER, K. y SCHLAAK, C., *Violaciones de los Derechos Humanos, op.cit*., p. 66.

[462] En el Informe Raxen del Movimiento contra la Intolerancia, Esteban Ibarra recalca que: «La xenofobia y el rechazo a los refugiados e inmigrantes avanza en Europa y lo hace de la mano del crecimiento de la islamofobia, alimentada con el argumento de los atentados terroristas que en un ambiente de horror posibilita el avance del discurso de intolerancia, de reacciones y manipulaciones orientadas a la expansión del odio y el rechazo a los musulmanes, a quienes el estigma de la invasión y terrorismo va a golpear con fuerza en todos los rincones euro- peos, en especial en las redes sociales e internet» (Véase MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA, *Informe Raxen: Racismo, Xenofobia, Antisemitismo, Islamofobia, Neofascismo y otras manifestaciones de Intolerancia a través de los hechos*, Movimiento contra la Intolerancia, especial 2015 (II), p. 3).

En tercer lugar, destacamos cómo exhorta a los Estados a que protejan y promuevan el ejercicio de los derechos enunciados en la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, proclamada por la Asamblea General en su Resolución 36/55, de 25 de noviembre de 1981, para evitar la discriminación religiosa que, combinada con otros tipos de discriminación, constituye una forma de discriminación múltiple. Los motivos religiosos han servido de base, como veremos, para alegar miedo a sufrir malos tratos al obligar a un extranjero a volver a su país en caso de conversión a una religión no mayoritaria en su país de origen.

Finalmente, vamos a recordar la aprobación del Plan de Acción de Rabat, como la culminación de un ejercicio iniciado por la Oficina del ACNUDH «para examinar la aplicación de las pautas legislativas, prácticas judiciales y políticas sobre la prohibición de la apología de odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, hostilidad o violencia a niveles nacionales y religiosos, al mismo tiempo que alienta al pleno respeto de la libertad de expresión, tal y como se protege en la legislación internacional sobre Derechos Humanos»[463].

V. LA PROTECCIÓN FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN RACIAL DESDE EL ÁMBITO REGIONAL Y SU APLICACIÓN A LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

A. Europa

1. Del Consejo de Europa a la definición de la nacionalidad

La lucha contra el racismo y la intolerancia estuvo en el corazón del Consejo de Europa desde su creación en 1949, y sigue figurando como una de sus prioridades. Además de la CEDH, el Consejo ha promovido instrumentos específicos para luchar contra el racismo, la discriminación y la intolerancia. Así, en 1993, se creó la ECRI, como un organismo independiente de vigilancia de los derechos humanos del Consejo de Europa para supervisar la situación en relación al racismo, la discriminación racial, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia en cada Estado miembro del Consejo, así como para formular recomendaciones concretas a los gobiernos, y de carácter general dirigidas a todos los Estados miembros. Mientras que la ECRI es el órgano principal del Consejo de Europa en la lucha contra el racismo y la intolerancia, otros organismos y

[463] ACNUDH, *Informe del alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los talleres de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso*, A/HRC/22/17/Add.4, 11 de enero 2013, aptdo. 6.

departamentos de la Organización tales como el Comité de Ministros, la Asamblea Parlamentaria, el Comisionado para los Derechos Humanos, el Comité Consultivo de la Convención Marco para la Protección de las Minorías Nacionales y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también contribuyen a este objetivo.

Igualmente, el Convenio de 1999 sobre la Nacionalidad del Consejo de Europa[464] la definió como el vínculo jurídico entre una persona y un Estado y no el origen étnico de la persona. Además de los instrumentos específicos en el ámbito del Derecho de la Unión Europea que veremos, el primero de los instrumentos al que nos vamos a referir, por contener una normativa claramente aplicable al caso de las expulsiones de extranjeros en concreto, y a la protección de los derechos humanos de toda persona en general, es el CEDH. Consideramos que dicho instrumento es el escudo protector más potente y que abarca el mayor número de posibles supuestos de violaciones de todos los textos vinculantes sobre derechos humanos existentes en el amplio espectro internacional.

2. Discriminación racial y el discurso del odio en el ámbito europeo

Una de las consecuencias o colateralidades, incluso, de los comportamientos de discriminación racial, étnica o simplemente migratoria, es el denominado «discurso del odio» al que previamente hemos hecho referencia en el ámbito internacional. En la Resolución n.º R (97) 20, el Comité de Ministros del Consejo de Europa definió el concepto de «discurso del odio» como:

«Toda forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la intolerancia que se exprese en forma de nacionalismo y etnocentrismo agresivo, y de discriminación y hostilidad contra las minorías, los migrantes y las personas de origen inmigrante»[465].

A través de este documento, se recomienda que la legislación de los Estados miembros y sus actuaciones se guíen por una serie de principios destinados a combatir el discurso del odio[466].

---

[464] Convenio relativo a la expedición de certificados de nacionalidad, adoptado en Lisboa el 14 de septiembre de 1999.

[465] Véase CONSEJO DE EUROPA, Resolución n.º R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el discurso del odio, de 30 de octubre de 1997, utilizada como «referencia interpretativa» de los límites que el art. 10.2 CEDH establece a la libertad de expresión.

[466] Recomendación general n.º 15 del ECRI, relativa a la lucha contra el discurso de odio y Memorándum explicativo, adoptada el 8 de diciembre de 2015, pp. 24-29.

El TEDH mencionó expresamente, por primera vez, la expresión «discurso del odio» en 1999 en cuatro casos contra Turquía[467], equiparándolo a la «glorificación» o «promoción de la violencia» y, aunque nunca ha dado una definición detallada, ha acogido literalmente el concepto de la citada Resolución. En el caso de nuestro ordenamiento, recordamos que el Tribunal Constitucional basó en la citada Resolución el primer pronunciamiento en el que se mencionaba el discurso de odio[468].

Asimismo, otro organismo bajo el paraguas del Consejo de Europa, la Comisión de Venecia[469], se preocupó especialmente de la incitación al odio religioso en su *Informe sobre la Relación entre la Libertad de expresión y la Libertad de religión: legislación y procesamiento por blasfemia, insulto religioso e incitación al odio religioso*, de octubre de 2008[470]. Tras examinar la legislación europea sobre blasfemia, insultos religiosos e incitación al odio religioso, el Informe concluye que la incitación al odio, incluido el odio religioso, ha de ser objeto de sanciones penales. También concluye que no es necesario, ni deseable, tipificar un delito por insulto religioso, por ejemplo, el simple insulto a los sentimientos religiosos, sin el elemento de incitación al odio como componente esencial. Además, el citado Informe defiende que el delito de blasfemia ha de abolirse y no volverse a introducir.

Atendiendo a los resultados de los informes de seguimiento por país de la ECRI[471], a la que nos hemos referido al comienzo del apartado sobre Europa, se observa que aquellos más afectados por el discurso de odio han sido los inmigrantes, judíos, musulmanes y gitanos, aunque no son los únicos, ya que también se ha observado cómo se emplea el discurso de odio contra personas por motivos de sexo, identidad de género u orientación sexual. Por otra parte, las mujeres pueden ser víctimas de discurso de odio de una forma agravada ya que se pueden utilizar en su contra, no solo por motivos de raza, religión u otras características personales o estado sino también por su sexo y/o por su identidad de género

---

[467] Véanse la SSTEDH de 8 de julio de 1999, *Sürek c. Turquía* (n.º 1), aptdo. 62; *Sürek y Özdemir c. Turquía*, apdo. 63; *Sürek c. Turquía* (n.º 4), aptdo. 60, y *Erdogdu e Ince c. Turquía*, aptdo. 54.

[468] STC 235/2007, de 7 de noviembre, que declaró inconstitucional la sanción penal de la difusión de ideas y doctrinas que nieguen el genocidio, FJ 5. Sobre esta sentencia, véase ROLLNERT LIERN, G., «Revisionismo histórico y racismo en la jurisprudencia constitucional: los límites de la libertad de expresión (a propósito de la STC 235/2007)», *Revista de derecho político*, núm. 73, 2008, pp. 101-146.

[469] La Comisión de Venecia es un órgano consultivo del Consejo de Europa, formado por expertos independientes en el campo del derecho constitucional. Fue creado en 1990 tras la caída del muro de Berlín, en un momento de necesidad urgente de asistencia constitucional en Europa central y oriental.

[470] COMISIÓN DE VENECIA, *Informe sobre la Relación entre la Libertad de expresión y la Libertad de religión: legislación y procesamiento por blasfemia, insulto religioso e incitación al odio religioso*, CDL-AD (2008)026, 23 de octubre de 2008.

[471] En el cumplimiento del mandato asignado por el Consejo de Europa, la ECRI realiza un enfoque país por país, estudiando en profundidad la situación de cada uno de sus Estados miembros, para colaborar con los gobiernos mediante la elaboración de propuestas concretas y adecuadas.

Existen otros tres tratados del Consejo de Europa que se centran específicamente en el uso del discurso de odio:

- En primer lugar, el Protocolo Adicional al Convenio sobre Ciberdelincuencia, de 28 de enero de 2003, a efectos de la penalización de actos de naturaleza racista y xenófoba cometidos a través de sistemas informáticos. Dicho Convenio exige que los Estados miembros adopten las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para que se consideren delitos penales la difusión de material racista y xenófobo a través de medios informáticos y el uso de sistemas informáticos para amenazar o insultar por motivos racistas o xenófobos y para negar, minimizar manifiestamente, aprobar o justificar el genocidio o los delitos de lesa humanidad.
- En segundo lugar, el Convenio Europeo sobre la Televisión Transfronteriza, de 1989, que exige que los programas no puedan incitar al odio racial.
- Por último, recordar que el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y contra la Violencia Doméstica, de 2011, que veremos en detalle al estudiar la discriminación de la mujer en el ámbito de los derechos humanos aplicados a la protección de inmigrantes, hace referencia a formas de violencia contra las mujeres que también pueden ser manifestaciones de discurso de odio sexista tanto acoso sexual (artículo 40), como acoso de otro tipo (artículo 34) y pide a las partes que adopten las medidas que sean necesarias para luchar contra estas situaciones.

3. La discriminación racial en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950

Este texto, sobre el que nos detendremos en numerosas ocasiones a lo largo de este trabajo, se refiere a la discriminación, incluyendo la racial, garantizando su rechazo, al hacer un reconocimiento genérico de los derechos y libertades que contempla sin distinción alguna, tal y como establece en el artículo 14:

«El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación»[472].

[472] El TEDH ha interpretado de manera constante la noción de discriminación en su jurisprudencia relativa al artículo 14 del Convenio. Esta jurisprudencia ha destacado claramente, en particular, que no todas las distinciones o diferencias de tratamiento equivalían a una discriminación. Como ha indicado el Tribunal, por ejemplo, en la STEDH de 28 de mayo de 1985, *Abdulaziz, Cabales y Balkandani c. Reino Unido*, «una distinción es discriminatoria si carece de justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un 'objetivo legítimo' o si no existe 'relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido'» (párr. 72). El significado de la palabra «discriminación» en el artículo 1 es

Es preciso subrayar, en primer lugar, que este precepto no confiere una protección absoluta de todos los derechos y libertades contra la discriminación, ya que, para empezar, solo la circunscribe a los derechos reconocidos en el propio Convenio. Por tanto, podría alegarse su inocuidad como base para denunciar, por ejemplo, la discriminación en las condiciones de trabajo, o en la remuneración, o en cualquier otra área no prevista en el Convenio.

Por el contrario, el artículo 14 sí puede ofrecer una amplia protección respecto de derechos que sí contiene el Convenio, que no es poca, ya que incluye no solo los derechos a la vida, a la libertad, a la libertad de circulación, a la libertad de expresión y similares, sino también el importante derecho, expresado en el artículo 13, a un recurso jurídico efectivo ante una instancia nacional, especialmente trascendente cuando se observa una violación de los derechos previstos en el Convenio.

El TEDH, órgano encargado de su interpretación y de velar por su cumplimiento, ha delimitado en numerosas ocasiones la noción de discriminación en su jurisprudencia relativa al artículo 14 del Convenio, a través de la cual ha destacado que no todas las distinciones o diferencias de tratamiento equivalen *per se* a una discriminación.

Si nos centramos en el objeto de estudio de este trabajo, esto es, la expulsión de los extranjeros, encontramos como ejemplo de discriminación aplicado a un caso de 2005 relativo a la libre circulación el asunto *Timishev c. Rusia*[473]. En este supuesto se denegó al demandante el permiso de entrada en el territorio de Kabardino-Balkaria en razón a su origen checheno. El demandante alegó violación del artículo 14 (prohibición de la discriminación) combinado con el artículo 2 del Protocolo n. º 4 (libertad de circulación), ya que la libertad de circulación del interesado había sido objeto de una injerencia que se debía, exclusivamente, al origen étnico del mismo. El TEDH consideró, por otro lado, en 2007, que en la sociedad democrática actual basada en los principios de pluralismo y respeto a las diferentes culturas, no podría estar objetivamente justificada ninguna diferencia de trato basada exclusivamente, o en gran medida, en el origen étnico de una persona[474]. Otra circunstancia relevante del asunto *Timishev c. Rusia* se refiere a la carga de la prueba. En este sentido, el TEDH juzgó que cuando un demandante ha comprobado

idéntico al que se da en el contexto del artículo 14 del Convenio. La formulación francesa de ese artículo 1 («*sans discrimination aucune*», «sin discriminación alguna») difiere ligeramente de la del artículo 14 («*sans distinction aucune*», «sin distinción alguna»), pero no implica un significado diferente; por el contrario, se trata de una adecuación terminológica para ilustrar mejor el concepto de discriminación en el sentido del artículo 14, alineando el texto francés con el texto inglés (véase, sobre este punto preciso, la STEDH de 23 de julio de 1968, *caso relativo a determinados aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica*, párr. 10).

[473] STEDH de 13 de diciembre de 2005, *Timishev c. Rusia*.

[474] STEDH de 13 de noviembre de 2007, *D.H. y otros c. la República Checa*, párr. 176 e *ibid*., párr. 58.

la existencia de una diferencia de trato incumbe al Gobierno demostrar que esta diferencia de trato estaba justificada[475].

Por otro lado, cabe señalar que el Protocolo n.º 12, de 2000, del CEDH[476] sí contiene una prohibición general de la discriminación, ya que, a diferencia del artículo 14 del Convenio, no se circunscribe a la discriminación respecto de los derechos que protege el Convenio. Este Protocolo dispone que se ha de garantizar el disfrute de todos los derechos protegidos por la ley sin discriminación de ningún tipo, como la raza, sexo, color o cualquier otro de los que también se expresan en el artículo 14. Por tanto, podemos afirmar que, a diferencia del art. 14, este Protocolo incorpora un derecho autónomo a no ser discriminado[477].

Al mismo tiempo, el Protocolo n.º 12 proscribe su posible vulneración frente a cualquier autoridad pública que la pudiera cometer, ya que establece que ninguna autoridad pública discriminará a ninguna persona por ningún motivo. Es preciso recordar, que este Protocolo es relativamente reciente (se abrió a la firma en 2000, entró en vigor en 2005) y, como hemos visto en otros instrumentos similares, solo es vinculante para los Estados que lo ratifiquen (España lo ratificó en 2008).

El artículo 1 del Protocolo n.º 12 establece la prohibición general de la discriminación del siguiente modo:

> «1. El goce de los derechos reconocidos por la ley ha de ser asegurado sin discriminación alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.
>
> 2. Nadie podrá ser objeto de discriminación por parte de una autoridad pública, especialmente por los motivos mencionados en el párrafo 1».

Regresando al contenido del CEDH vemos que incluye, además, al menos otros dos preceptos aplicables a la discriminación racial, que son los artículos 3 y 17. El artículo 3 prohíbe la tortura y otras penas o tratos inhumanos o degradantes. La discriminación por razones de raza podría constituir por sí misma, en ciertas circunstancias, un trato degradante que vulnere el artículo 3 del CEDH. Así cabe remitirse, a modo de ejemplo, al asunto *Asiáticos de África Oriental c. el Reino Unido*, de 1973, en el que TEDH declaró que la legislación que limitaba la admisión en el Reino Unido de ciudadanos británicos y

[475] STEDH de 13 de diciembre de 2005, *Timishev c. Rusia*, párr. 57.

[476] Este Protocolo, cuya finalidad es aumentar la protección contra la discriminación, fue aprobado el 4 de noviembre de 2000 y entró en vigor el 1 de abril de 2005.

[477] No serán contrarias al Protocolo aquellas diferencias de trato basadas en la nacionalidad que persigan un objetivo legítimo y cuando los medios empleados para alcanzarlo sean proporcionales, *cfr*. el párrafo 19 de la Memoria Explicativa sobre el Protocolo. Véase KHALIQ, U., «Protocol 12 to the European Convention on Human Rights: a step forward or a step too far?», *Public Law*, 2001, pp. 457-464.

de residentes de la Commonwealth (titulares de pasaportes británicos) de África Oriental, era discriminatoria para las personas de origen asiático por motivos de raza, y determinó que ello constituía un menoscabo de su dignidad humana que equivalía a un «trato degradante», encuadrable en el significado de la expresión contenida en el artículo 3 del Convenio[478].

Por su parte, el artículo 17 contiene la prohibición del abuso de derecho, que debe interpretarse tanto para prohibir estas conductas como para impedir un abuso de derecho, por ejemplo, una conducta discriminatoria como la que sirvió de base en el caso de 1979 *Glimmerveen y Hagenbeek c. Países Bajos*[479]. En este asunto, los demandantes recurrieron ante la Comisión de Derechos Humanos, antecedente del TEDH, su condena por los tribunales de los Países Bajos por la posesión de pasquines considerados como incitadores a la discriminación racial y por impedir que los demandantes se presentaran a las elecciones municipales. Los demandantes invocaron los artículos 10 del Convenio (derecho a la libertad de expresión) y 3 del Protocolo n. º 1 (derecho a elecciones libres).

La demanda fue considerada inadmisible puesto que los demandantes buscaban utilizar el CEDH para entregarse a actividades que son contrarias a este; es decir, para tratar de difundir ideas tendentes a la discriminación racial. La Comisión entendió que si las autoridades del Estado hubieran permitido que estas personas proclamaran sus opiniones discriminatorias sin evitarlo, hubieran fomentado indudablemente la discriminación prohibida en el CEDH.

A pesar de los ejemplos referidos, el TEDH no siempre se ha mantenido firme en una línea de defensa a ultranza frente a los Estados a favor de los individuos «discriminados». En realidad, ha venido manteniendo un equilibrio desigual entre el derecho del Estado sobre su soberanía y la necesidad de impedir que las Administraciones discriminen a los extranjeros, especialmente cuando han establecido vínculos objetivos sustanciales con el Estado[480]. Hasta el año 2005 se observa una protección más bien tímida por parte del TEDH frente a las distinciones basadas en la raza, exigiendo, en algunos casos, la prueba de actitudes o móviles racistas «más allá de toda duda razonable» lo que, en muchas ocasiones, ha resultado extremadamente difícil de demostrar, tal y como afirmó en el asunto *Velikova c. Bulgaria*, de 18 de mayo de 2000[481].

---

[478] STEDH de 14 de diciembre de 1973, *Asiáticos de África Oriental c. el Reino Unido*.

[479] Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de 11 de octubre de 1979, *Glimmerveen y Hagenbeek c. Países Bajos.*

[480] FRA y Consejo de Europa, *Manual de legislación europea contra la discriminación*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2019, pp. 233 y 234.

[481] STEDH de 18 de mayo de 2000, *Velikova c. Bulgaria.* En su conclusión 4ª, el TEDH determina que la Convención exige pruebas «más allá de cualquier duda razonable». Los elementos de que dispone el Tribunal no le permiten concluir, más allá de cualquier duda razonable, que el homicidio del señor Tsonchev y la falta de una auténtica investigación al respecto estuviesen motivados por prejuicios raciales, como alega la solicitante.

Pero a partir de la STEDH de 6 de julio de 2005, en el asunto *Nachova y otros c. Bulgaria* (y de igual modo en el referido asunto *Timichev c. Rusia*, de ese mismo año) se advierte un cambio de tercio en el Tribunal, ya que comienza a exigir la obligación por parte de las autoridades estatales de llevar a cabo una investigación efectiva, considerando el deber adicional de adoptar las medidas razonables para desenmascarar cualquier motivación racista en un incidente que implique el uso de la fuerza por los agentes estatales. La citada Sentencia insistió en que corresponde a las autoridades nacionales demandadas la carga de probar que no ha habido discriminación alguna, operando así la ya apuntada inversión de la carga de la prueba[482].

Más en concreto, en lo que nos atañe sobre la expulsión de extranjeros, el derecho de los Estados a regular los movimientos de entrada y salida de extranjeros en sus fronteras se encuentra ampliamente reconocido y aceptado por el TEDH. En este sentido, el Tribunal se ha manifestado dentro del contexto de la discriminación, fundamentalmente, en las reclamaciones relativas a la expulsión de no nacionales cuando estos se enfrentan a un trato inhumano o degradante, o a castigos o tortura en el Estado de destino (artículo 3)[483], o también cuando han establecido fuertes vínculos familiares en el Estado anfitrión que se romperían de verse obligados a abandonar el país (con arreglo al artículo 8)[484].

Fuera de estos dos supuestos, que veremos en detalle en el Capítulo correspondiente (y sin entrar ahora tampoco en los casos de protección internacional) el Tribunal se ha mostrado más esquivo en su veredicto de existencia de discriminación.

Entre las escasas circunstancias diversas a los supuestos planteados en las que el Tribunal ha considerado también la existencia de discriminación, vamos a recordar, como ejemplos observados en casos de expulsión de extranjeros, dos asuntos significativos, *C. c. Bélgica* y *Moustaquim c. Bélgica*[485], de 1996, donde los demandantes, ciudadanos marroquíes, habían sido condenados por actos delictivos e iban a ser expulsados. Ambos denunciaron que se trataba de un caso de discriminación por motivos de nacionalidad, ya que ni los nacionales de Bélgica ni los nacionales de otros Estados miembros de la UE podían ser deportados en circunstancias similares. El TEDH determinó que los demandantes:

---

[482] VERGARA CEBALLOS, F., *Trabajadoras inmigrantes en España: un supuesto de doble discriminación*, diciembre de 2015. pp. 73-75.

[483] Véase, por ejemplo, la STEDH de 4 de septiembre de 2014, *Trabelsi c. Bélgica*. Este precepto se estudiará en profundidad en el capítulo 3.

[484] STEDH de 28 de junio de 2011, *Nuñez c. Noruega.*

[485] Véanse las conclusiones del TEDH, en la Sentencia de 7 de agosto de 1996, *C. c. Bélgica* y en la Sentencia de 18 de febrero de 1991, *Moustaquim c. Bélgica*.

«No se encontraban en una situación comparable a la de los ciudadanos belgas, ya que a estos les asistía el derecho a permanecer en su Estado de origen, consagrado de manera específica en el artículo 3 del Protocolo n. º 4 del CEDH».

Según este precepto, «nadie puede ser expulsado, en virtud de una medida individual o colectiva, del territorio del Estado del cual sea nacional».

Por otra parte, tal y como hemos apuntado al describir las diferencias entre nacionalidad y ciudadanía, respecto a la expulsión de extranjeros en la UE:

«Las diferencias en el trato entre los nacionales de terceros países y los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea se justifican legalmente, además, por la creación del propio ordenamiento jurídico especial y por el concepto de ciudadanía de la Unión»[486].

4. El trato diferenciado por status migratorio

Sin embargo, el TEDH no solo ha apreciado la existencia de discriminación racial u origen nacional contraria al artículo 14 del Convenio como único argumento de la diferencia de trato entre nacionales y extranjeros, ya que también ha considerado la existencia de discriminación cuando la diferencia de trato se basa en el estatus migratorio.

Así, vamos a recordar el interesante asunto *Bah c. Reino Unido*[487], de 2011, en el que se planteaba una diferencia de trato, y aunque en este caso no hubo orden de expulsión o devolución de extranjeros, sí lo destacamos por la distinción en el acceso a una determinada prestación social, en concreto, las ayudas de vivienda. Este asunto fue importante porque la diferencia de trato no se produjo entre nacionales y extranjeros, sino entre los propios extranjeros, esto es, entre quienes tenían un permiso de residencia no condicionado a la posesión de recursos suficientes para subsistir y aquellos que tenían un permiso de residencia condicionado. La demandante, una ciudadana de Sierra Leona residente permanente en el Reino Unido, había tenido que solicitar una ayuda de vivienda tras reagrupar con ella a su hijo menor de edad, que ostentaba una autorización para residir en el Reino Unido condicionada a la posesión de recursos suficientes. Aunque las autoridades británicas buscaron a la demandante una vivienda de protección social, la familia no tuvo un acceso prioritario a la misma; algo que sí se les habrían reconocido si el hijo de la demandante hubiera estado en posesión de una autorización de residencia incondicionada. La diferencia de trato se producía, por tanto, por el estatus migratorio del hijo menor de la demandante. En su pronunciamiento, el TEDH recordó que una diferencia de trato basada en el estatus migratorio podía constituir una discriminación

[486] FRA y Consejo de Europa, *Manual de legislación europea contra la discriminación*, *op.cit*., p. 235.
[487] STEDH de 27 de septiembre de 2011, *Bah c. Reino Unido*.

prohibida por el art. 14 CEDH, asimilado a la «situación personal» en el sentido del precepto.

Sin embargo, el TEDH ha considerado que la posición de los inmigrantes es, en cierto modo, una situación voluntaria, ya que la mayoría de ellos pueden volver a sus países de origen. Además, en este asunto concreto, la cuestión litigiosa era de carácter socio económico y relacionada con el acceso a prestaciones extremadamente costosas, donde los Estados gozan de un amplio margen de apreciación, que en este caso el Tribunal no consideró sobrepasado. El TEDH valoraba así que la legislación británica reconocía el derecho a acceder a ayudas de vivienda en igualdad de condiciones con los nacionales a los refugiados y a los residentes permanentes, previendo una diferencia de trato tan solo con relación a los extranjeros que tuvieran una autorización para residir condicionada. Además, la demandante finalmente accedió a un alojamiento social y, mientras esperaba a que esto ocurriera, las autoridades británicas la ayudaron a buscar un alojamiento privado adecuado para ella y su hijo. Por todo ello, el TEDH finalmente valoró que la legislación nacional se había aplicado de forma proporcionada al caso objeto de estudio sin apreciar por tanto una vulneración del artículo 14 del Convenio[488].

Donde sí la apreció fue en el asunto de 2012 *Kurić y otros c. Eslovenia*[489], entendiendo el Tribunal que la diferencia de trato denunciada se basaba en el origen nacional de las personas afectadas –como los ciudadanos de la antigua RFSY, que eran tratados de una forma diferente a los demás extranjeros– y no perseguía un fin legítimo, por lo tanto, carecía de una justificación objetiva y razonable.

Por otra parte, la situación de los ciudadanos de la antigua RFSY, incluidos los demandantes, fue modificada de manera significativa después de la declaración de independencia, en comparación con los «verdaderos» extranjeros. En opinión del Tribunal, la legislación que está en juego, supuso una carga desproporcionada y excesiva a los ciudadanos de la antigua RFSY y, por tanto, apreció violación del artículo 14 de conformidad con el artículo 8 del Convenio[490].

5. La discriminación racial en la Carta Social Europea de 1961

Otro instrumento europeo que vamos a citar también en el marco de la protección de los derechos humanos aplicables frente a la expulsión de extranjeros es la Carta Social

[488] DIAZ CREGO, M., «Derecho de extranjería y jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2011-2012)» en AA.VV, *Inmigración y crisis: entre la continuidad y el cambio,* Fundación CIDOB, 2013, pp. 279 y 280.
[489] STEDH de 26 de junio de 2012. *Kurić y otros c. Eslovenia.*
[490] *Ibid*., párs. 394-396.

Europea adoptada en 1961, entrando en vigor una versión revisada en 1999[491], en 1a que se garantizan una serie de derechos sociales y económicos. En su artículo E (V parte) reconoce el goce de los derechos enunciados en la Carta, sin discriminación de ninguna clase como la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política u otras opiniones, origen nacional, extracción social, salud, asociación con una minoría nacional, nacimiento o cualquier otra condición[492].

El Protocolo Adicional a la CSE prevé la presentación de demandas colectivas en las que se aleguen violaciones de la Carta, que solo pueden utilizar los países que hayan ratificado el Protocolo que lo regula o realicen una adhesión expresa. España lo ha ratificado recientemente[493], pudiendo, no obstante, invocarse en nuestros tribunales la jurisprudencia que se emita sobre el contenido de la Carta[494].

Es importante destacar también que la violación de la CSE no da acceso al TEDH, sino a un órgano, el Comité Europeo de Derechos Sociales, que, a pesar de ser independiente y estar compuesto por expertos, no tiene potestad de dictar sentencias vinculantes, sino recomendaciones y/o conclusiones a los Estados parte para que modifiquen sus leyes o prácticas. Así, entre las reclamaciones resueltas por este órgano en el sentido de este apartado vamos a destacar la decisión del CEDS sobre la Reclamación n.º 58/2009 (*COHRE c. Italia)*[495]. En ella, se reprochaba a las autoridades italianas que la legislación de emergencia adoptada para hacer frente a la situación de las personas gitanas habría empleado un discurso racista y xenófobo, así como campañas ilegales de expulsiones de los campamentos y del territorio italiano, con vulneración de los arts. 16 (protección social, jurídica y económica de la familia), 19 (protección y asistencia de los trabajadores migrantes y sus familias), 30 (protección contra la pobreza y la exclusión social) y 31 (derecho a la vivienda), invocados autónomamente y en conexión con la cláusula de no discriminación del art. E de la Carta revisada. La principal aportación de esta Reclamación consistió, en palabras de Luis Jimena Quesada, «en haber europeizado la noción de violación agravada y responsabilidad agravada (tomada, a su vez, de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que se cita explícitamente en la decisión de la Reclamación)»[496], que se considera producida

[491] España ratificó la CSE de 1961 el 6 de mayo de 1980 y el Protocolo adicional de 1988 el 24 de enero de 2000. La CSE revisada de 1996, firmada el 23 de octubre de 2000, fue ratificada por España el 17 de mayo de 2021.

[492] Los Estados parte de la CSE tienen la obligación de informar cada dos años sobre su aplicación.

[493] El 4 de febrero de 2021, España ha firmado en la sede del Consejo de Europa en Estrasburgo el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea por el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas.

[494] Vamos a recordar que el Comité de Derechos Sociales entendió en las conclusiones presentada en 2013 que la exclusión de la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud a los extranjeros en situación irregular vulneraba el art. 11.1 de la Carta Social Europea, así como otros Tratados Internacionales.

[495] Decisión del CEDS de 25 de junio de 2010, reclamación n.º 58/2009, *COHRE c. Italia.*

[496] JIMENA QUESADA, L., El Comité Europeo de Derechos Sociales: sinergias e impacto en el sistema internacional de Derechos Humanos y en los Ordenamientos nacionales, *Revista Europea de Derechos*

cuando se cumplen dos criterios cumulativos: en primer lugar, la adopción de medidas que conculquen derechos humanos que afecten expresamente a grupos vulnerables; en segundo lugar, la pasividad de los poderes públicos, que no solamente no adoptan las medidas apropiadas contra los autores de dichas violaciones, sino que concurren a provocar esa violencia[497].

Esta línea perfilada por el CEDS se vio consolidada por otra destacada decisión de 2011, en relación a la Reclamación n.º 63/2010 (*COHRE c. Francia*)[498], donde se llegó a una solución condenatoria para Francia motivada por el desalojo y desmantelamiento de campamentos gitanos, así como por las expulsiones de Francia de las personas de etnia gitana (básicamente de nacionalidad búlgara y rumana) durante el verano de 2010. Concretamente, el Comité concluyó por unanimidad que hubo una violación del art. E (no discriminación) combinada con el art. 31.2 (prevenir y paliar la situación de carencia de hogar con vistas a eliminar progresivamente dicha situación) y con el art. 19.8 de la CSE revisada de 1996 (garantías relativas a la expulsión de los trabajadores migrantes y sus familias), entendiéndose nuevamente que había mediado una responsabilidad y violación agravadas[499].

6. Convenio-Marco para la Protección de las Minorías Nacionales de 1995

El Convenio-Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, que entró en vigor en 1998, es otro instrumento a tener en cuenta para la protección contra la discriminación racial. España ratificó este convenio el 1 de septiembre de 1995. Sin embargo, el Convenio-Marco continúa siendo en España un instrumento poco conocido. Su ratificación se produjo sin un sólido debate político sobre la cuestión y las alusiones al ámbito de aplicación del Convenio por parte de la doctrina española son escasas y en ocasiones divergentes[500]. Los Estados parte deben comunicar al Comité de ministros del

Fundamentales, núm. 25, primer semestre 2015, pp. 99-127. Véase, con respecto a la jurisprudencia de la CIJ referenciada en la Decisión de la reclamación, su aptdo. 75, en donde se citan las siguientes sentencias: *Myrna Mack Chang c. Guatemala*, 25 de noviembre de 2003, par. 139; *Las Masacres de Ituango c. Colombae*, 1 de julio de 2006, par. 246; *Goiburú y otros c. Paraguay*, 22 de septiembre 2006, párr. 86 a 94; y la *Cantuca c. Perú*, 29 de noviembre de 2006, párr. 115 y 116.

[497] *Ibid*.

[498] Decisión de la CEDS de 28 de junio de 2011, reclamación n.º 63/2010, *COHRE c. Francia*.

[499] *Ibid*., aptdo. 53.

[500] Véanse BAUTISTA JIMÉNEZ, J. M., «El Convenio Marco para la protección de las Minorías Nacionales: construyendo un sistema europeo de protección de las minorías», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 22, núm. 3, 1995, pp. 939-960; CARNERERO CASTILLA, R., «El Convenio Marco del Consejo de Europa para la protección de las Minorías Nacionales», *Boletín Jurídico de la Universidad Europea de Madrid*, núm. 2, 1999; DÍAZ BARRADO, C. M., «La protección de las minorías en el seno del Consejo de Europa: El Convenio marco para la protección de las minorías nacionales», *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, núm. 17, 1999, pp. 125-170.

Consejo de Europa las medidas adoptadas para dar efecto al Convenio-Marco. Respecto a la evaluación de estos informes, y siguiendo en el caso español, principalmente se han hecho observaciones referentes al pueblo gitano[501].

En todo caso, cabe recordar que, en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos, el concepto de minoría ha dado cabida a grupos de personas que se distinguen de la mayoría de la población del Estado en alguna característica de tipo cultural, lingüístico, religioso, étnico o nacional. Tradicionalmente se ha referido así a las minorías lingüísticas, religiosas y étnicas, considerando que este último concepto vino a sustituir al de minoría racial, profusamente utilizado hasta la mitad del siglo XX. En definitiva, la diversidad que se aborda cuando hablamos de minorías es una diversidad de base cultural, que tiene que ver en mayor o menor grado con las adscripciones identitarias colectivas[502]. Cuando nos referimos a esta suerte de diversidad, encontramos una referencia a una distinción relacionada con la lengua o con la tradición religiosa de una determinada comunidad con respecto a la mayoría de la población estatal.

Por su parte, el concepto de minoría nacional, ampliamente utilizado en el ámbito europeo, hace referencia a las minorías étnicas, lingüísticas o religiosas cuyos miembros son nacionales del Estado en el que viven, por lo que no entraremos en más detalle al excederse del objeto principal de estudio, ya que se distinguen estos grupos de las minorías generadas por flujos migratorios recientes.

Como aplicación práctica de estas distinciones técnico/jurídicas, vamos a recordar un caso que, aunque no se refiere expresamente a un supuesto de expulsión, sirve para comprender la trascendencia de estos conceptos aludidos. Es el asunto relativo a la segregación de los niños gitanos en la República Checa, condenada por el TEDH[503]. Los demandantes fueron los alumnos de origen gitano que eran colocados en «escuelas especiales» destinadas a los alumnos con discapacidad en el aprendizaje. Afirmaron que habían sido tratados de manera diferente en el ámbito de la educación respecto de los niños que no eran de origen gitano en el sentido de que, al ser enviados a escuelas especiales sin justificación, todos ellos recibían una educación sensiblemente inferior a la

[501] Véanse JIMÉNEZ PIERNAS, C. B., «El Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, de 1 de febrero de 1995, y su aplicación en España» en GARCÍA RODRÍGUEZ, I. (ed.), *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 1999, pp. 105-130; JIMÉNEZ PIERNAS, C. B., «Minorías nacionales en España: la población bereber de Ceuta y Melilla» en GARCÍA RODRÍGUEZ, I. (ed.), *Las minorías en una sociedad democrática y multicultural*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2001, pp. 209-232; RUIZ VIEYTEZ, E., «El Convenio-Marco para la Protección de las Minorías Nacionales» en GÓMEZ ISA, F. y PUREZA, J. M. (dirs.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Humanitarian Net, Bilbao, 2003, pp. 513-526.

[502] Puede verse un estudio comparativo de las diversas definiciones europeas vigentes en RUIZ VIEYTEZ, E., *Minorías, inmigración y democracia en Europa*. *Una lectura multicultural de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 263-298.

[503] Véanse conclusiones de la STEDH de 13 de noviembre de 2007, *D. H. y otros c. la República Checa*.

que se aplica en las escuelas primarias ordinarias, con el resultado de que se les niega el acceso a la educación secundaria en los centros de formación profesional. La Corte determinó que se había violado el artículo 14 (prohibición de discriminación) en relación con el artículo 2 del Protocolo n.º 1(derecho a la educación).

7. El papel de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE)

Finalmente, cabe recordar también la labor en el ámbito internacional de la OSCE[504], ya que también participa en la lucha contra todas las formas de racismo, xenofobia y discriminación, incluyendo el antisemitismo y la discriminación contra los cristianos y los musulmanes. Una de sus instituciones es la Oficina de Varsovia de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos, que actúa en este ámbito de la siguiente forma:

- Recoge y distribuye información y estadísticas sobre crímenes de odio.
- Promueve las mejores prácticas en la lucha contra la intolerancia y la discriminación.
- Presta asistencia a los Estados miembros en la redacción y revisión de la legislación sobre delitos impulsados por la intolerancia y la discriminación.

La OSCE tiene un Alto Comisionado para las Minorías Nacionales, cuyo mandato incluye la identificación y búsqueda de la rápida resolución de las tensiones con las minorías nacionales. Dentro de la OSCE, la OIDDH ha elaborado un conjunto de recursos y programas para mejorar la concienciación acerca de la discriminación, los delitos de odio, el antisemitismo y otras formas de intolerancia, incluida la intolerancia contra musulmanes, cristianos y miembros de otras religiones. Mediante el asesoramiento político y la formación de agentes del orden y educadores, la citada Oficina ayuda a reforzar las capacidades de los gobiernos para prevenir el problema y hacerle frente.

Principales operaciones de la OSCE en la esfera de la tolerancia y la no discriminación

- Colaboración con líderes religiosos, jóvenes y funcionarios de escuelas para fomentar la tolerancia, el diálogo interreligioso y la aceptación de la diversidad;

[504] Con 56 Estados miembros de los tres continentes (incluidos todos los pertenecientes al Consejo de Europa).

- Asesoramiento a instituciones para mejorar y poner en práctica las políticas de lucha contra la discriminación;
- Asistencia para reforzar las capacidades de las instituciones y de la sociedad civil para abordar la incitación al odio;
- Colaboración con las instituciones de lucha contra la discriminación para contribuir a la aplicación de marcos jurídicos que apoyen la igualdad de todas las personas;
- Programas de capacitación para jueces y fiscales;
- Asistencia en la elaboración de leyes y políticas, actividades de investigación y divulgación pública;
- Fomento de las capacidades de los abogados; y
- Protección de las identidades étnicas, culturales, lingüísticas y religiosas de personas pertenecientes a minorías.

8. La Unión Europea y las normas y mecanismos específicos contra el racismo aplicado al ámbito de la expulsión de extranjeros

Cabe comenzar este apartado recordando el artículo 4 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo de 1992 que establece lo siguiente: «Dentro del ámbito de aplicación del presente Acuerdo, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad»[505]. A lo que hay que añadir el párrafo primero del artículo 18 TFUE: «En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad». En este sentido, es importante también la cláusula contra la discriminación que contiene el artículo 13 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, y que faculta a la UE para «adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».

Para desarrollar este artículo 13, la UE adoptó el mismo año dos Directivas, una para combatir la discriminación racial en junio del 2000[506], y otra para combatir la discriminación en el empleo por diversas causas, incluida la raza, en noviembre del 2000[507]. Ambas Directivas representan un acuerdo de mínimos que no limita la

[505] Véanse, a este respecto, la STJUE de 6 de septiembre de 2016, asunto C-182/15, *Petruhhin* y las Conclusiones del abogado general Sr. Evgeni Tanchev de 27 de febrero de 2020, asunto C-897/19, *PPU - Ruska Federacija.*

[506] La Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico («Directiva de igualdad racial»).

[507] La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación («Directiva de igualdad en el empleo»).

posibilidad de adoptar disposiciones más favorables para luchar contra las discriminaciones o para prevenir o compensar las desventajas que puedan afectar a determinados colectivos víctimas de comportamientos discriminatorios[508].

La diferencia fundamental entre ambas se halla en que la Directiva sobre igualdad de trato en el empleo incluye la prohibición de discriminación en el trabajo por diferentes motivos (también el racial), mientras que la primera Directiva sobre igualdad racial, que abarcaría el acceso a todo tipo de bienes y servicios, solo se centra en el motivo de discriminación racial o étnico[509]. Esta Directiva sobre igualdad racial ha configurado la protección jurídica contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico durante más de dos décadas aunque, en la actualidad, se está volviendo a reabrir el debate sobre el control de su efectiva aplicación.

La jurisprudencia comunitaria, en sentencia de 2012, ha establecido que para que se configure una discriminación racial –directa o indirecta– solo se requiere la existencia de un trato menos favorable o una desventaja fundada en la raza, con independencia de que efectivamente se vulneren derechos o intereses o de qué derechos se lesionen[510]. La Directiva de igualdad en el empleo prohíbe la discriminación también por otros motivos, como la religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual[511].

Sin embargo, esta última Directiva solo se refiere al ámbito del empleo, por lo que era necesaria otra que ampliara la protección a todo tipo de discriminación y en todos los ámbitos. Por ello, en 2008, la Comisión Europea propuso una Directiva sobre la igualdad de trato[512]. De este modo se cubriría el vacío existente, al ampliar la protección contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, edad, discapacidad y orientación sexual a los ámbitos de la educación, la protección social y el acceso a bienes y servicios.

---

[508] Tales directivas quedaron lejos de la propuesta inicial de la Comisión (COM (1999) 566) y de las modificaciones propuestas por el Parlamento Europeo (Documento A5-0136/2000).

[509] ESTEVE GARCÍA, F., «Las Directivas Europeas contra la discriminación racial y la creación de organismos especializados para promover la igualdad. Análisis comparativo de su transposición en España y en Francia», *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 10, 2008, p. 2.

[510] La discriminación por origen racial o étnico no exige la lesión de derechos o intereses establecidos legalmente y, por lo tanto, son incompatibles con la Directiva 2000/43/CE, por no alcanzar los requisitos mínimos establecidos por el Derecho de la Unión, aquellas disposiciones nacionales que hacen depender la existencia de la discriminación de la lesión de derechos o intereses establecidos por ley. *Cfr.* conclusiones del TJUE en la Sentencia de 20 de septiembre de 2012, asunto C-394/11, págs. 62, 71 y 76.

[511] COMISIÓN EUROPEA, *Informe conjunto sobre la aplicación de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico («Directiva de igualdad racial») y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación («Directiva de igualdad en el empleo»)*, COM(2014) 2 final, Bruselas, 17 de enero de 2014.

[512] Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, COM(2008) 426 final, 2 de julio de 2008.

En 2019 se intentó nuevamente acabar con el bloqueo de las negociaciones en el Consejo sobre este instrumento jurídico esencial[513]. En el debate se puso de manifiesto que numerosos Estados miembros de la UE son favorables a adoptar la Directiva para subsanar las lagunas que presenta la legislación de la UE y garantizar que todas las personas reciban un trato igualitario. Sin embargo, el Consejo sigue sin alcanzar el consenso necesario debido a la decidida oposición de algunos Estados miembros.

Asimismo, el artículo 29 del TUE ofrece más posibilidades de acción para combatir el racismo, pues prevé un marco para que los Estados miembros de la Unión emprendan una acción común para crear un alto grado de seguridad en la Unión, entre otros medios, mediante la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia a través de la cooperación en materia penal y judicial.

Además de estas normas, el artículo 21 de la CDFUE, relativo a la no discriminación, prohíbe toda discriminación que se ejerza por motivos de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. Las disposiciones contra la discriminación contenidas en las normas jurídicas de la UE son aplicables en todos los Estados miembros de la Unión y tienen precedencia sobre todas las demás disposiciones legales, incluidas las constituciones nacionales. Esto es, son de obligado cumplimiento para los países que soliciten el ingreso en la Unión y tienen un considerable valor como normas para el conjunto de la región europea. La aplicación de estas disposiciones contra la discriminación es, por tanto, responsabilidad de las instituciones nacionales, pero también, de las instituciones de la Unión, ya que los Estados miembros tienen la obligación legal de garantizar la abolición de todas las disposiciones contrarias al principio de igualdad en el trato. Además, tanto los tribunales nacionales como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tienen jurisdicción para garantizar el cumplimiento de estas disposiciones. Por su parte, la Comisión informa cada cinco años sobre el cumplimiento de las Directivas por los Estados miembros y el Parlamento Europeo examina la actuación de los Estados miembros en este ámbito en su informe anual sobre los derechos humanos en la Unión Europea. Igualmente, vamos a recordar que la Unión Europea creó en 1997 el Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia como órgano independiente para contribuir a la lucha contra el racismo, la xenofobia y el

[513] La Comisión Europea propuso cambiar de un sistema de adopción por unanimidad a un régimen de mayoría cualificada utilizando la cláusula pasarela general prevista en virtud del artículo 48, apartado 7, del TUE. La Presidencia finlandesa del Consejo acordó organizar un debate de orientación entre ministros para explorar posibles formas de avanzar.

antisemitismo en toda Europa[514]. Su heredera es la Agencia Europea de Derechos Fundamentales[515].

Asimismo, el Defensor del Pueblo Europeo puede recibir reclamaciones relativas a mala administración y presenta un informe anual al Parlamento Europeo con los resultados de sus averiguaciones. En su último informe presentado, en 2019, la Defensora del Pueblo trató un expediente relativo al modo en que los entrevistadores y los intérpretes de la entonces Oficina Europea de Apoyo al Asilo (hoy, Agencia) realizan las entrevistas a los solicitantes de asilo. El reclamante, la ONG *Advocates Abroad*, manifestó su honda preocupación por una entrevista concreta con un solicitante de asilo que posteriormente fue deportado. La EASO entonces reconoció que el entrevistador había mantenido una línea de interrogatorio inadecuada y que la actuación del intérprete había sido problemática[516].

Otro de sus expedientes se refería al modo en que la Comisión gestionó una reclamación sobre la posible infracción, por parte de Italia, de la Directiva relativa a la igualdad racial y las condiciones de alojamiento del pueblo romaní. La organización reclamante, Amnistía Internacional, planteó el asunto a la Comisión en 2012. Posteriormente, la Comisión abrió un procedimiento «EU Pilot» para investigar el asunto. Al cabo de casi seis años, la Comisión no había tomado aún una decisión sobre si iniciar un procedimiento formal de infracción contra Italia, una demora que llevó a la ONG a dirigirse a la Defensora del Pueblo. La Defensora consideró que la demora no era injustificada, pero instó a la Comisión a tomar una posición al respecto lo antes posible.

Igualmente, destacamos por su trascendencia el fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de abril de 2021, en el asunto *Braathens Regional Aviation*, sobre la igualdad de trato, por cuanto destaca la importancia del reconocimiento de la discriminación cuando se produzca, por encima de cualquier normativa nacional[517]. Así concluye que los artículos 7 y 15 de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas

[514] AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Manual de uso contra la discriminación racial*, *op.cit.*, pp. 58 y 59.

[515] EN 2019, el Subgrupo sobre Datos de Igualdad del Grupo de Alto Nivel, dirigido por la FRA, publicó otras dos herramientas. El compendio de prácticas sobre datos de igualdad ofrece inspiración para aplicar las Directrices en la práctica. La herramienta de análisis diagnóstico puede utilizarse para detectar deficiencias en relación con los datos y como base para desarrollar un centro de datos de igualdad. Algunos

Estados miembros de la UE están utilizando ya tanto las Directrices como las herramientas complementarias como base para las mejoras. Si bien las Directrices están dirigidas a los Estados miembros, los organismos y las instituciones de la UE también pueden aplicarlas por analogía para reforzar el seguimiento de la diversidad.

[516] Véase DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO, *Informe anual 2019*, 2020/C 400/05, 24 de noviembre de 2020.

[517] STJUE de 15 de abril de 2021, asunto C-30/19, *Braathens Regional Aviation.*

independientemente de su origen racial o étnico[518], deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que impide a un órgano jurisdiccional que conozca de un recurso de indemnización basado en una alegación de discriminación prohibida por dicha Directiva, examinar la pretensión de que se declare la existencia de tal discriminación, cuando el demandado acepta abonar la indemnización reclamada sin reconocer la existencia de esa discriminación. Incumbe al órgano jurisdiccional nacional, que conoce de un litigio entre particulares, garantizar en el marco de sus competencias la protección jurídica que para los justiciables se deriva del artículo 47 de la CDFUE, dejando inaplicada, de ser necesario, cualquier disposición contraria de la normativa nacional.

Por su parte, la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, prevé que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para garantizar el castigo penal de las conductas de «incitación pública a la violencia o al odio (…)» (art. 1.1 a)); «la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales» (art. 1.1. b)) con contenido incitador; y «la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra (…) cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo» (art. 1.1.c) y d)), reconociendo capacidad a los Estados para modular la tipificación penal de estas conductas al poder optar por «castigar únicamente las conductas que o bien se lleven a cabo de forma que puedan dar lugar a perturbaciones del orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes» (art. 2)[519].

Igualmente, cabe citar la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2013, «sobre el refuerzo de la lucha contra el racismo, la xenofobia y los delitos motivados por el odio», en la que pide a la UE que firme la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, habida cuenta de que ya la han ratificado todos los Estados miembros[520].

---

[518] Art. 47 CDFUE: «Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia».

[519] ROLLNERT LIERN, G., «El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 115, 2019, pp. 94-96.

[520] Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2013, «sobre el refuerzo de la lucha contra el racismo, la xenofobia y los delitos motivados por el odio» (2013/2543(RSP).

Por otro lado, el Reglamento (UE) n.º 1381/2013, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 17 de diciembre de 2013, establecía el programa «Derechos, Igualdad y Ciudadanía» para el período de 2014 a 2020. Entre los objetivos del programa estaba prevenir y combatir el racismo, la xenofobia, la homofobia y otras formas de intolerancia. El Reglamento (UE) n.º 2021/692, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de abril de 2021 establece el programa «Ciudadanos, Igualdad, Derechos y Valores»[521] y deroga el Reglamento (UE) n.º 1381/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) n.º 390/2014 del Consejo. Recuerda el Reglamento que, en aplicación de los actos de la Unión en materia de igualdad de trato, los Estados miembros han creado organismos independientes para la promoción de la igualdad de trato (en lo sucesivo, «organismos para la igualdad»), con el fin de luchar contra la discriminación por razón de raza, origen étnico o género.

Sin embargo, aunque el CEDH ofrece una mayor protección que el Derecho de la Unión, también en lo que respecta a la característica de la raza o la nacionalidad, tanto el TJUE como el TEDH aceptan abiertamente que la ausencia de un vínculo legal de nacionalidad suele dificultar que la presunta víctima pueda afirmar que se encuentra en una situación comparable a la de los ciudadanos de dicho Estado[522], en lo que entendemos como una aceptación de «distinciones» por razón de nacionalidad.

Por otro lado, muchos Estados miembros han ido más allá de las exigencias de dichos actos de la Unión y han garantizado que los organismos para la igualdad puedan luchar también contra la discriminación por motivos de lengua, edad, características sexuales, identidad de género y diversidad de género, orientación sexual, religión, creencias y discapacidad. Los organismos para la igualdad desempeñan una función clave a la hora de promover la igualdad y garantizar la aplicación efectiva de la legislación sobre igualdad de trato, en particular al ofrecer un apoyo independiente a las víctimas de discriminación, realizar sondeos independientes sobre la discriminación, publicar informes independientes y hacer recomendaciones sobre cualquier cuestión relacionada

[521] Recuerda el nuevo Reglamento que la reflexión crítica sobre la memoria histórica de Europa es necesarias para que los ciudadanos, en particular los jóvenes, cobren conciencia de su historia y sus valores comunes como fundamento para un futuro común. Las actividades de memoria histórica deben servir para reflexionar sobre las causas de los regímenes totalitarios en la historia moderna de Europa, en particular el nazismo, que condujo al Holocausto, el fascismo, el estalinismo y los regímenes comunistas totalitarios, y deben conmemorar a las víctimas de sus crímenes. También deben incluir actividades relativas a otros momentos decisivos y puntos de referencia en la reciente historia europea. Se deberá también tener en cuenta la importancia de los factores históricos, sociales, culturales e interculturales para crear una identidad europea basada en valores comunes y en un sentimiento de pertenencia común.

[522] La esencia del planteamiento del TEDH consiste en que, cuanto más próximo sea el vínculo objetivo de una persona con un determinado Estado, sobre todo en lo referente al pago de impuestos, menor será la probabilidad de que el Tribunal concluya que la diferencia de trato por razón de nacionalidad está justificada.

con la discriminación en sus Estados miembros respectivos. Es fundamental que el trabajo de los organismos para la igualdad se coordine a este respecto a nivel de la Unión. En este contexto, se creó en 2007 la Red Europea de Organismos para la Igualdad (Equinet), que está compuesta por organismos nacionales para la igualdad[523]. Constituye la única entidad que garantiza la coordinación de las actividades entre los organismos de igualdad. Dicha coordinación es primordial para la aplicación efectiva en los Estados miembros del Derecho de la Unión contra la discriminación, y deben contar con el apoyo del Programa.

B. Ámbito regional americano

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) considera que la protección igualitaria ante la ley se desprende «directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona»[524]. Este principio de igualdad ante la ley y no discriminación puede considerarse efectivamente como imperativo del Derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. Los Estados, por lo tanto, no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos. Por ejemplo, pueden efectuarse distinciones entre las personas migrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos. Asimismo, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana.

Tanto la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, como la CADH, de 1969, contienen disposiciones que prohíben la discriminación, al igual que la propia Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la que los Estados miembros de la OEA «proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin

[523] Se establece por las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE del Consejo y por las Directivas 2006/54/CE y 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo. El 22 de junio de 2018, la Comisión adoptó la Recomendación (UE) 2018/951 sobre normas relativas a los organismos para la igualdad, que abarca su mandato, independencia, eficacia y coordinación y cooperación.

[524] Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, serie A n.º 17, párr. 45; Corte IDH, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A n.º 4, párr. 55.

hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo» (artículo 3). Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en 1948, siete meses antes de que la ONU adoptase la Declaración Universal de Derechos Humanos, consagra una amplia gama de derechos, entre ellos, en el artículo 2 se aborda la discriminación racial, considerando que todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en la Declaración «sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna». Posteriormente, la CADH de 1969 expone de forma más detallada muchos de los derechos mencionados en la Declaración, pero solo es aplicable a los Estados Miembros de la Organización que la ratifiquen. La prohibición de la discriminación aparece ya en el mismo artículo 1 de la Convención, y en su virtud los Estados partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y a garantizar su libre y pleno derecho a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, «sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social». Esta disposición obliga a los Estados a tomar medidas en relación con la conducta de los funcionarios públicos y también con la de los ciudadanos particulares.

La CIDH ha interpretado de una forma amplia el alcance de la prohibición de discriminación entendiendo «que el Derecho internacional de los derechos humanos no solo prohíbe políticas y prácticas deliberadamente discriminatorias, sino también aquellas cuyo impacto sea discriminatorio contra ciertas categorías de personas, aun cuando no se pueda probar la intención discriminatoria»[525]. En este sentido, por tanto, una violación del derecho a la igualdad y no discriminación se produciría incluso ante situaciones y casos de discriminación indirecta reflejada en el impacto desproporcionado de normas, acciones, políticas o en otras medidas que, aun cuando sean o parezcan ser neutrales en su formulación, o tengan un alcance general y no diferenciado, produzcan efectos negativos para ciertos grupos vulnerables. Igualmente, ha afirmado que «los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto»[526], y están obligados «a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas»[527].

---

[525] Sentencia de la Corte IDH de 24 de octubre de 2012, *Caso Nadege Dorzema y otros c. República Dominicana*, párr. 234. Véase también la STEDH de 13 de noviembre de 2007, *D. H. y otros c. la República Checa*, págs. 184 y 194.

[526] Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *op.cit*., párr. 103 y Sentencia de la Corte IDH de 19 de mayo de 2014, *Caso Veliz Franco y otros c. Guatemala*, párr. 206.

[527] Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, *op.cit*., párr. 104 y Sentencia de la Corte IDH de 19 de mayo de 2014, *Caso Veliz Franco y otros c. Guatemala*, párr. 206.

Por otra parte, y con relación a la lucha contra estas conductas desde todos los ámbitos, se ha abordado su sanción desde la apología del odio y de la violencia, tal y como se recoge en el artículo 13.5, que es la única disposición de la Convención que determina expresamente cuándo constituye una infracción punible:

«Estará prohibida por la ley (...) toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional»[528].

Por su parte, el artículo 17 prohíbe la discriminación racial y étnica en la regulación del matrimonio y de la familia. El artículo reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si reúnen las condiciones que exigen las leyes nacionales, pero solo «en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención».

El artículo 22 consagra el derecho de toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado a circular libremente por el mismo. Sin embargo, establece un trato diferenciado con respecto a los nacionales, a través de la prohibición de ser expulsados, tal y como reza en su artículo 22.5: «Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional ni ser privado del derecho de ingresar en el mismo». La CIDH ha desarrollado de manera específica los alcances del derecho de circulación y residencia respecto de las personas migrantes. Específicamente, en cuanto a las disposiciones 22.8 y 22.9 de la Convención, la Corte ha indicado las garantías que deben cumplirse en los procesos de expulsión a la luz de diversos tratados y resoluciones de organismos internacionales, entendiendo que la prohibición del artículo 22.8 de expulsión o devolución de extranjeros en cuyo país estaría en peligro su vida o libertad, no es solo un derecho reconocido a los asilados o refugiados, sino que corresponde a los extranjeros en general. En estos términos se pronunció la Corte en el caso *Familia Pacheco Tineo c. Estado plurinacional de Bolivia*, de 2013, donde concluía que cuando un extranjero alegue ante un Estado un riesgo en caso de devolución, las autoridades competentes de ese Estado deberán, al menos, entrevistar a la persona y realizar una evaluación previa o preliminar, a efectos de determinar si existe o no ese riesgo en caso de expulsión[529]. Esto implica respetar las garantías mínimas referidas, como parte de la debida oportunidad de

[528] Se puede entender como crimen de odio a la ofensa criminal cometida contra una persona, propiedad o sociedad, motivada en todo o en parte, por el prejuicio racial, religioso, por discapacidad, orientación sexual u origen étnico o nacional. Véase Federal Bureau of Investigation (FBI), *Hate Crime Data Collection Guidelines – Uniform Crime Reporting*, octubre de 1999, disponible en http: //www.fbi.gov/ucr/hatecrime.pdf, p. 4.

[529] Véase la Sentencia de la Corte IDH de 25 de noviembre de 2013, *Caso Familia Pacheco Tineo c. Estado plurinacional de Bolivia.*

exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión y, si se constata ese riesgo, no debería ser devuelto a su país de origen o donde exista el riesgo.

Más específicamente, recogiendo la prohibición de discriminación racial, encontramos en el ámbito americano un interesante instrumento, adoptado en 2013 y con vigor desde 2017, que hasta la fecha solo han ratificado 5 Estados, y no es otro que la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia. Contiene una amplia definición sobre discriminación, así en su artículo 1 especifica que la discriminación racial es:

«Cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes. La discriminación racial puede estar basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico».

Asimismo, distingue entre discriminación racial indirecta, que es:

«Aquella que se produce, en la esfera pública o privada, cuando una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutro es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico basado en los motivos establecidos en el artículo 1.1, o los pone en desventaja, a menos que dicha disposición, criterio o práctica tenga un objetivo o justificación razonable y legítimo a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos» (art. 1.2).

Por su parte, la discriminación múltiple o agravada consiste en:

«Cualquier preferencia, distinción, exclusión o restricción basada, de forma concomitante, en dos o más de los motivos mencionados en el artículo 1.1 u otros reconocidos en instrumentos internacionales que tenga por objetivo o efecto anular o limitar, el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes, en cualquier ámbito de la vida pública o privada» (art. 1.3).

Conforme a esta definición sería difícil encajar jurídicamente las diferencias de trato o de derechos que se reconocen a los nacionales respecto a los extranjeros, ya que solo se basaría en una circunstancia: el origen nacional.

El último instrumento jurídico que ha entrado en vigor sobre la materia en el ámbito americano ha sido la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia, adoptada en 2013, en vigor desde febrero de 2020, tras su ratificación por dos Estados (Uruguay y Méjico). Según este texto:

«Discriminación es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Parte» (art. 1.1).

Amplía el ámbito de la discriminación, ya que reconoce que:

«Puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra» (art. 1.1 *in fine*).

Igualmente, reconoce que:

«No constituyen discriminación las medidas especiales o acciones afirmativas adoptadas para garantizar en condiciones de igualdad, el goce o ejercicio de uno o más derechos humanos y libertades fundamentales de grupos que así lo requieran, siempre que tales medidas no impliquen el mantenimiento de derechos separados para grupos distintos y que no se perpetúen después de alcanzados sus objetivos» (art. 1.4).

En este contexto, vamos a recordar el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando entiende que:

«El principio fundacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es que los derechos humanos no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana. En este orden de ideas, las personas en el contexto de la migración, independientemente de que no sean nacionales del Estado en el que se encuentran, tienen derecho al respeto y garantía de sus derechos humanos. A excepción del derecho a entrar, circular y residir en un país, el cual se encuentra restringido a aquellas personas que cuenten con la autorización legal para hacerlo, y de ciertos derechos políticos restringidos a los ciudadanos, los migrantes tienen derecho a que se les respeten y garanticen los demás derechos reconocidos en la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos en igualdad de condiciones con las demás personas»[530].

Este principio es reconocido independientemente del estatus o la condición regular o irregular, tal y como reconoció la CIDH:

[530] CIDH, *Movilidad humana. Estándares interamericanos*, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 46/15, 31 de diciembre de 2015, párr. 80.

«La situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que, como ya se mencionó, dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio. Esto no significa que no se podrá iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal. Lo importante es que, al tomar las medidas que correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa»[531].

Cabe citar también aquí otro tratado pertinente para combatir la discriminación racial, en alusión a la protección de la mujer, ya que es susceptible de sufrir una discriminación doble, por género y por raza u origen, cual es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, de 1994, conocida también como «Convención de Belem do Pará», que en su artículo 9 dice que los Estados parte:

«Tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica». La CIDH reconoció que las mujeres indígenas y afrocolombianas todavía confrontan numerosos obstáculos de naturaleza legislativa, institucional, cultural, y geográfica para acceder a una justicia efectiva»[532].

Finalmente, respecto a la labor garante de la protección de los derechos humanos por parte de la CIDH, el último compendio de principios hasta la fecha que consagra y delimita derechos de los migrantes es la Resolución 04/19, aprobada el 7 de diciembre de 2019[533], donde reconoce el principio de no discriminación e igualdad de protección con el siguiente contenido:

«Todas las personas, incluidos los migrantes, son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley sin discriminación de ninguna clase ni por ningún motivo, incluida la condición de migrante. La ley prohibirá toda discriminación y garantizará que los migrantes disfruten de protección igualitaria y efectiva contra discriminación por cualquier motivo, como por ejemplo raza, color, sexo, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, estatus económico, nacimiento, propiedad, estado civil, orientación sexual, identidad o expresión de género, grupo étnico, discapacidad, nacionalidad o apatridia, situación migratoria o de residencia, edad, razones para cruzar las fronteras internacionales o

[531] Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, op.cit*., párr. 118.
[532] CIDH, *Las Mujeres Frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia,* OEA/Ser. L/V/II., Doc. 67, 18 de octubre de 2006, párr. 102 y ss.
[533] Resolución 04/19 de la CIDH, «Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y víctimas de la trata de personas», 7 de diciembre de 2019.

circunstancias de viaje o descubrimiento, o cualquier otro factor. Las distinciones en el tratamiento de los migrantes son permisibles, incluso en la reglamentación de la admisión y la exclusión, únicamente cuando se efectúe en consecución de un objetivo legítimo, tenga una justificación objetiva y exista una proporcionalidad razonable entre los medios empleados y los fines que se persigan. Con el propósito de prevenir la discriminación y la xenofobia contra los migrantes, los Estados deben implementar medidas positivas, tales como campañas educativas y de sensibilización, destinadas a promover la multiculturalidad en las sociedades y combatir la discriminación y la xenofobia. Los Estados deben asimismo prevenir, investigar y sancionar todos los actos de racismo, xenofobia e incitación al odio» (párr. 12).

C. Ámbito regional africano

1. La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981

En el caso africano, nos remitimos a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos o «Carta de Banjul», adoptada el 27 de junio de 1981, y en vigor desde el 21 de octubre de 1986, en donde la cuestión étnica sobrevuela durante el proceso de su elaboración. Así, no solo reconoce que todo individuo tendrá derecho al disfrute de los derechos y libertades reconocidos y garantizados en la Carta, por lo que no se admite discriminación de ningún género (artículos 2 y 3), sino que, el órgano encargado de velar por el cumplimiento de la Carta, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha especificado que el carácter general de este texto condena la discriminación racial.

La Carta establece asimismo que todas las personas son iguales y que «nada puede justificar la dominación de un pueblo por otro» (artículo 19). Otra disposición que aborda expresamente la discriminación racial es el artículo 12.5, que además prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros, y la define como «toda aquella que esté dirigida globalmente contra grupos nacionales, raciales, étnicos o religiosos». A este respecto, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha señalado que las expulsiones masivas de cualquier categoría de personas ya sean basadas en consideraciones sobre su nacionalidad, religión, etnia, raza o en otras consideraciones, «constituyen una violación especial de los derechos humanos»[534].

La Comisión Africana de Derechos Humanos adoptó en 1998 un Protocolo a la Carta con el objetivo de crear un Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los

[534] AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Manual de uso contra la discriminación racial, op.cit.*, pp. 66-67.

Pueblos[535], una vez que el Protocolo fuera ratificado por 15 Estados. Sin embargo, hasta 2006 no fueron elegidos los magistrados y hasta 2008 la Corte no dispuso de una sede permanente en Tanzania, año en el que se presentó su primer caso. Se creaba así un Tribunal con jurisdicción para resolver las alegaciones de violaciones de la Carta, y carácter vinculante de sus fallos.

Atendiendo al artículo 30 del Protocolo, «los Estados parte se comprometen a acatar las decisiones del Tribunal y a asegurar su ejecución en el plazo fijado por este». Además, en virtud del artículo 40 del Protocolo, entre sus funciones, el Tribunal Africano no solo tiene encomendada una competencia contenciosa, sino también consultiva[536].

Hay que recordar, no obstante, que los individuos y ONGs pueden presentar casos ante la Corte solo si el Estado contra el que se presenta el asunto ha emitido una «Declaración de competencia» de conformidad con el artículo 34.6 del Protocolo. Aquí es donde entra en juego la Comisión Africana de Derechos Humanos, ya que a través de sus competencias puede salvar este escollo, remitiendo ella misma al Tribunal los casos presentados por individuos y ONG, o incluso, resolviendo ella, en función de sus competencias, el asunto.

Aunque no hemos encontrado hasta la fecha ningún caso ante el Tribunal que se centre en el objeto de estudio de este trabajo, sí podemos señalar algún caso en el marco de actuación de la Comisión Africana. Así, entre los pronunciamientos de la Comisión sobre discriminación racial en la expulsión de extranjeros vamos a citar el caso de 1998, presentado por Amnistía Internacional de una persona expulsada de Zambia[537] y en el que la organización alegó discriminación basada en el origen étnico y en las opiniones políticas de la víctima, así como la violación de varios derechos más de la Carta Africana. En la petición se detallaba el trato que había recibido y cómo el servicio de inmigración y los agentes de la policía paramilitar de Zambia lo habían llevado a Malawi, donde lo

[535] El 25 de enero entró en vigor el Protocolo por el que se crea el Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos. Este Tribunal constituye un hito en la historia de la protección de los derechos humanos en el ámbito internacional. Al igual que ocurrió con el antiguo sistema europeo de protección de los derechos humanos y también en el caso del sistema actualmente vigente en América, el Tribunal Africano no sustituirá a la Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, sino que actuará como un organismo complementario de la misma y colaborará con ella para remediar la actual carencia de gobiernos responsables en el continente africano. A diferencia de la Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, creada en 1987, las sentencias del Tribunal serán jurídicamente vinculantes y su aplicación será competencia de los tribunales africanos. Además, los ciudadanos de los países que han aceptado someterse a su jurisdicción podrán dirigirse directamente al Tribunal. Se trata de una oportunidad única para reforzar la eficacia del sistema de protección de los derechos humanos en África y fomentar la democracia en este continente.

[536] En el artículo 40 del Protocolo se establece: *«At the request of a Member State of the OAU, the OAU, any of its organs, or any African organization recognized by the OAU, the Court may provide an opinion on any legal matter relating to the Charter or any other relevant human rights instruments, provided that the subject matter of the opinion is not related to a matter being examined by the Commission»*.

[537] Resolución de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 5 de mayo de 1999, Comunicación n.º 212/98, *Amnistía Internacional c. Zambia.*

dejaron en una comisaría de policía. La Comisión declaró que se habían producido numerosas violaciones de la Carta Africana, y consideró que la forma en que fue tratado se debió a su origen étnico.

Asimismo, la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos ha señalado que:

«(…) no pretende cuestionar ni tampoco cuestiona el derecho de un Estado a tomar acciones legales en contra de los inmigrantes ilegales tales como deportarlos a sus países de origen si los tribunales competentes así lo deciden. Sin embargo, la Comisión considera que es inaceptable deportar a individuos sin darles la posibilidad de argumentar su caso ante las cortes nacionales competentes, ya que ello es contrario al espíritu y texto de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos y del Derecho internacional»[538].

2. Decisión de la Comisión Africana sobre el genocidio de Ruanda de 1996

Considerando las implicaciones de discriminación étnica, vamos a detenernos brevemente en la decisión de la Comisión sobre el genocidio de Ruanda. Entre 1989 y 1993, diversas ONG presentaron varias comunicaciones alegando violaciones graves y masivas de los derechos humanos en Ruanda[539], (sin perjuicio de la creación del Tribunal Penal Internacional para Ruanda por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, el 8 de noviembre de 1994, con el fin de perseguir, arrestar, juzgar, condenar y ejecutar a los autores o promotores del genocidio ruandés). Entre las comunicaciones a la Comisión se denunciaban con detalle matanzas, ejecuciones extrajudiciales y detenciones arbitrarias generalizadas, así como violaciones cometidas contra el grupo étnico tutsi y contra determinadas personas debido a su pertenencia a dicho grupo o a su nacionalidad burundesa. La Comisión declaró que había «importantes indicios de que las violaciones de los derechos de las personas se habían producido debido a que estas eran de nacionalidad burundesa o miembros del grupo étnico tutsi». La negación de numerosos derechos a personas debido a su nacionalidad o pertenencia a un grupo étnico conculcaba claramente el artículo 2 de la Carta Africana (el requisito de no discriminación). La Comisión consideró también la existencia de otras violaciones cometidas contra tutsis o burundeses, incluida la privación arbitraria del derecho a la vida (artículo 4), tratos

[538] Resolución de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 11 de noviembre de 1997, comunicación n.º 159/96, *Unión Interafricana de los Derechos del Hombre, Federación Internacional de las Ligas de los Derechos del Hombre, Encuentro Africano para la Defensa de los Derechos Humanos, Organización Nacional de los Derechos del Hombre de Senegal y Asociación Maliense de Derechos Humanos c. Angola*.

[539] Resolución de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 31 de octubre de 1996, comunicaciones 27/89, 46/91, 49/91, 99/93, *Organización Mundial contra la Tortura; Asociación Internacional de Juristas Democráticos, Comisión Internacional de Juristas (CIJ), Unión Interafricana de Derechos Humanos c. Ruanda*.

inhumanos y degradantes (artículo 6), expulsión arbitraria (artículo 12.3), expulsión masiva (artículo 12.5) y la privación del derecho a un juicio (artículo 7.1)[540].

Aunque es importante que la Comisión llegara a estas conclusiones, el retraso de varios años en actuar lo convirtió en un crimen de genocidio, poniendo de relieve algunos de los puntos débiles de los procedimientos actuales de la organización para hacer frente a las violaciones masivas de los derechos humanos[541].

3. Carta Africana sobre los Derechos y Bienestar del Niño de 1990

Finalmente, es preciso recordar otro tratado regional africano que se puede utilizar para combatir la discriminación racial es la Carta Africana sobre los Derechos y Bienestar del Niño, en vigor desde 1999, y que también, puede sufrir doble discriminación. De este instrumento vamos a destacar dos preceptos.

En primer lugar, la cláusula de no discriminación del artículo 3, dispone que estos derechos deberán garantizarse «con independencia de la raza, grupo étnico, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional y social, fortuna, nacimiento u otra condición social del niño, de sus padres o de sus tutores legales».

En segundo lugar, el artículo 26, sobre «protección contra la discriminación y la segregación racial», dice que los Estados parte se comprometen, individual y colectivamente, «a dar la máxima prioridad a las necesidades especiales de los niños que viven bajo regímenes que practican la discriminación racial, étnica, religiosa u otras formas de discriminación, o en Estados sometidos a desestabilización militar».

VI. OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES FRENTE A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS: LA UNESCO

[540] En su decisión, la Comisión no resolvió si los ataques cometidos contra el grupo étnico tutsi como tal constituían una violación de los derechos de los «pueblos» (previstos en los artículos 19 a 24 de la Carta). Esto refleja la opinión expresada por un miembro de la Comisión durante el examen del informe de Ruanda en 1991 que, en relación con el término «pueblos» contenido en la Carta, dijo que «en África, eso no significa reconocer la identidad de los diversos grupos étnicos que integran los Estados», sino que estaba concebido para referirse a los pueblos colonizados o que sufrían la «dominación racial». Este enfoque no tiene en cuenta los pueblos que sufren una dominación étnica.

[541] AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Manual de uso contra la discriminación racial*, *op.cit.*, pp. 66-67.

A. El procedimiento ante la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)

Continuando en el mismo ámbito de la protección de los derechos de los extranjeros frente a la discriminación, en este caso, por razón de nacionalidad o de origen racial, vamos a detenernos ahora en un procedimiento previsto para la protección de los derechos humanos que fue diseñado bajo el paraguas de la UNESCO. A pesar de que el compromiso con la defensa de los derechos humanos es inherente a esta Organización, anterior incluso a la mayoría de organismos de defensa de los derechos humanos a los que nos referimos en este trabajo, es quizá también el más desconocido como primera opción a la que acudir en caso de vulneración de los derechos humanos, a pesar de que fue el germen del instrumento base para la protección internacional de los derechos humanos. Así, en 1947, la UNESCO creó un comité para tratar los cimientos teóricos de los derechos humanos, integrado por destacados intelectuales, filósofos y politólogos con el objetivo de facilitar la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Inmediatamente después de la aprobación de la Declaración el 10 de diciembre de 1948, la UNESCO fue el primer organismo de las Naciones Unidas en reconocer que la defensa de los derechos humanos tiene claras repercusiones en todos los ámbitos de actividad de la Organización: educación[542], ciencias naturales, sociales y humanas, cultura y comunicación e información.

Este compromiso con el respeto de los derechos humanos ya se había proclamado en el artículo I, párrafo 1 de su texto constitutivo aprobado el 16 de noviembre de 1945, y entrando en vigor un año después, por el que consagraba como objetivo de la Organización el de:

[542] Destacamos el derecho a la educación por su importancia aplicable al ámbito de la discriminación, que se ha reconocido en diversos instrumentos internacionales, comenzando por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 26) y finalizando por la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, además de convenios y pactos internacionales, entre los que se encuentran el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1967), la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) y, más recientemente, la Convención Internacional para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990) y el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular (2018). En su ámbito de protección abarca el derecho de toda persona a la educación, el acceso igualitario de los refugiados respecto de las personas nacionales a la enseñanza obligatoria, la consagración del derecho fundamental de acceso a la educación de las hijas e hijos de todas y todos los trabajadores migrantes en igualdad de trato con los nacionales del Estado y la consagración del derecho a la educación sin importar la situación irregular de las niñas y los niños hijos de trabajadores migrantes. A este respecto, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) contiene una disposición clara y estricta: «A nadie se le puede negar el derecho a la educación» (artículo 2, Protocolo adicional). Según el derecho de la Unión Europea, los menores que solicitan asilo y los refugiados tienen acceso a la educación en las mismas condiciones que los nacionales de los Estados miembros de la UE. Este derecho puede ser invocado por cualquier persona que se encuentre bajo la jurisdicción de un Estado parte en el Convenio. Sin embargo, las formas de educación accesibles en virtud de este derecho se limitan a la instrucción primaria y secundaria.

«(…) contribuir a la paz y a la seguridad estrechando, mediante la educación, la ciencia y la cultura, la colaboración entre las naciones, a fin de asegurar el respeto universal a la justicia, a la ley, a los derechos humanos y a las libertades fundamentales que sin distinción de raza, sexo, idioma o religión, la Carta de las Naciones Unidas reconoce a todos los pueblos del mundo».

Con este precepto, la Constitución de la UNESCO ponía de manifiesto también, como punto de partida, el rechazo a la discriminación en el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos los pueblos del mundo, aunque sin recoger expresamente la referencia al origen racial u otro tipo de distinciones entre las que se pudiera incluir.

Los derechos que forman parte del ámbito de actuación directa de la UNESCO, y que a su vez son nombrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en los preceptos indicados, son: el derecho a la educación (artículo 26); derecho a participar libremente en vida cultural (artículo 27); derecho a participar en el progreso científico (artículo 27) y el derecho a la libertad de opinión y de expresión (artículo 19). Estos derechos pueden implicar, a su vez, la práctica de otros como el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 18); derecho a investigar, recibir, difundir informaciones y opiniones sin limitación de fronteras a través de cualquier medio de expresión (artículo 19); derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan motivados por las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor (artículo 27) y el derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas (artículo 20) en relación con actividades en las áreas de educación, ciencia, cultura e información.

Además de delimitar su compromiso con la defensa de los derechos humanos, en 1978 se aprueba un procedimiento confidencial con el que poder investigar comunicaciones sobre casos individuales de forma paralela a los procedimientos de los informes existentes. El denominado «procedimiento 104» se determinó en la Decisión 104 EX/3.3 del Consejo Ejecutivo de la UNESCO, de 26 de abril de 1978. No obstante, su uso no está suficientemente extendido, en nuestra opinión, como instrumento al que acudir para denunciar casos de violaciones de derechos en supuestos que estarían amparados por el paraguas de actuación de este Organismo. Así, por ejemplo, y centrándonos en el objeto de estudio de este trabajo, podría acudirse a este procedimiento en caso de violaciones concernientes a determinados supuestos de expulsiones de extranjeros, por ejemplo, en el caso de expulsiones de estudiantes, de profesores, de científicos, periodistas… entre otros supuestos de posibles vulneraciones de derechos humanos. Nos basamos para esta afirmación en que el artículo 18 del texto que aprueba la Decisión 104 EX/3.3 considera que:

«Los asuntos relativos a violaciones masivas, sistemáticas o flagrantes de los derechos humanos y de las libertades fundamentales -por ejemplo, las ocasionadas por políticas de agresión, de injerencia en los asuntos internos de un Estado, de la ocupación de un territorio extranjero y de la aplicación de una política de colonialismo, de genocidio, de apartheid, de racismo o de opresión nacional y social- entran dentro de las esferas de competencia de la UNESCO, y deberían ser examinadas por el Consejo Ejecutivo y por la Conferencia General en sesión pública»[543].

Para abundar en esta competencia sobre la protección de los derechos humanos, se reconoce en este mismo texto constitutivo lo siguiente:

«Incumbe a la UNESCO examinar:

a) casos individuales y específicos relativos a violaciones de los derechos humanos;
b) asuntos relativos a violaciones masivas, sistemáticas o flagrantes de los derechos humanos que son consecuencia sea de una política contraria a los derechos humanos, practicada de Derecho o de hecho por un Estado, sea de una acumulación de casos individuales que constituyen un conjunto concordante»[544].

Este procedimiento se diseña con unas características particulares en comparación con procedimientos similares que existen en el sistema de las Naciones Unidas[545] ya que:

- Su mecanismo no se basa en una convención;
- La denuncia puede concernir a cualquier Estado miembro, precisamente por ser miembro de la UNESCO;
- La denuncia será examinada mediante un procedimiento que mantendrá su carácter individual desde el principio hasta el fin (contrariamente a los procedimientos que consideran las comunicaciones individuales como una fuente de información sobre una situación dada que pone de manifiesto un

[543] Decisión 104 EX/3.3 del Consejo Ejecutivo de la UNESCO, de 26 de abril de 1978, párr. 18.
[544] *Ibid*., artículo 10.
[545] Pueden consultarse, en este aspecto, ALSTON, P., "UNESCO's procedure for dealing with human rights violations", *Santa Clara L. Rev*, vol. 20, 1980, pp. 665 y ss.; BASTID, S., «La mise en oeuvre d'un recours concernant les droits de 1'homme dans le domaine relevant de la competence de 1'UNESCO» en *Festschrift H. Mosler*, 1983, pp. 45 y ss.; COOMANS, F., "UNESCO and Human Rights" en HANSKI, R. y SUKSI, M., (eds.), *An Introduction to the International Protection of Human Rights*, Åbo Akademi University, Åbo, 1997, pp. 186 y ss.; DUMONT, G.H., «Une action concrete de 1'UNESCO en matiere des droits de 1'homme», *Revue Internationale des sciences sociales*, núm. 122, 1989, pp. 651 y ss.; MARKS, S., "The complaint procedure of UNESCO" en HANNUM, H. (ed.), *Guide to International Human Rights Practice*, 2nd edition, 1992, pp. 89 y ss.; PARTSCH, K.J., *La mise en oeuvre des droits de 1'homme par 1'UNESCO - remarques sur un systeme particulier*, AFDI, núm. 36 (1990), pp. 482 y ss.; PASZKOWSKI, M., «UNESCO's Unknown Human Rights Procedure», *Polish Quarterly of International Affair*s, vol. 1, 1996, pp. 1 y ss.; ROLLAND, P., «La nouvelle procedure d'examen des communications concernant la violation des droits de 1'homme a 1'UNESCO», *Revue Internationale des sciences administratives*, núm. 46, 1996.

conjunto de violaciones flagrantes y sistemáticas de los derechos humanos);

- En este procedimiento se procura por todos los medios evitar un contexto conflictivo y acusador; se trata de mejorar la situación de las presuntas víctimas, no de condenar a los gobiernos interesados ni, menos aún, de sancionarlos.

Además, las comunicaciones (denuncias) relativas a violaciones de los derechos humanos deben emanar de personas, grupos de personas u organizaciones no gubernamentales. Los autores de las comunicaciones pueden ser las propias víctimas de dichas violaciones o bien estimar que tienen un conocimiento fidedigno de dichas violaciones. Y en cuanto a las víctimas, podría tratarse de profesores y maestros, estudiantes, investigadores, artistas, escritores, periodistas… en definitiva, intelectuales, hombres o mujeres, que por sus funciones tienen relación con las esferas de competencia de la UNESCO, pero también cualquier otra persona que haya ejercido algunos de los derechos mencionados.

El procedimiento, además, al no sustanciarse ante un tribunal, es relativamente sencillo, ya que solo prevé la comunicación por carta dirigida al Director de la Oficina de Normas Internacionales y Asuntos Jurídicos de la UNESCO, conteniendo una breve exposición de los hechos denunciados y estar redactada en una de las lenguas de trabajo de la Organización (inglés o francés). Una vez recibida la carta, la Secretaría de la UNESCO remitirá a su autor, para que lo cumplimente, un formulario, que constituirá la comunicación que será transmitida al Gobierno interesado y examinada par el Comité de Convenciones y Recomendaciones del Consejo Ejecutivo, encargado de la aplicación del procedimiento.

Se trataría, por tanto, de un procedimiento sin grandes «requisitos formales», considerado por algunos autores como «muy eficaz»[546] en función de algunos resultados obtenidos. Además, es un mecanismo «único», aunque por razones que no alcanzamos a entender, no se recurre al mismo con frecuencia ni alcanza la publicidad que tienen otros mecanismos, por lo que entendemos que se trataría de un instrumento «infrautilizado». Así, entre 1978 y 2019 se presentaron 609 comunicaciones, lo que representa menos de 15 casos planteados al año entre todos los países miembros de Naciones Unidas. Incluso,

[546] Véase SYMONIDES, J., "UNESCO's Contribution to the Progressive Development of Human Rights", *Max Planck UNYB 5*, 2001, p. 334: «*From 1978 to 1998 of 482 communications which were examined, 280 were positively settled. As the result 153 persons were liberated; 54 persons obtained permission to leave or to enter the interested states; 12 received passports or diplomas; 29 could find employment. In 15 cases, publications were permitted and in 8 a discriminatory legislation in the field of education has been amended*».

se ha llegado a afirmar que nunca se ha hecho publicidad en favor del mismo para no dar la impresión de que la UNESCO «desea que se le presenten comunicaciones»[547].

A pesar de ello, entendemos que su planteamiento podría ser de gran utilidad en la defensa de los derechos humanos, especialmente por cuanto nos ocupa en su traslación a la defensa, en su caso, de los derechos que puedan vulnerarse de los extranjeros que son expulsados. Los motivos por los que creemos que podría ser muy útil este procedimiento 104 los exponemos a continuación.

Por un lado, el sistema planteado en este instrumento «recomienda» simplemente que antes de acudir a esta vía se haga un esfuerzo por agotar los recursos internos disponibles, pero no lo exige como condición indispensable, tal y hace la mayoría de instrumentos internacionales, algo que supone uno de los motivos principales por los que se inadmiten muchas reclamaciones ante organismos internacionales[548].

Por otro lado, puede dirigirse contra cualquier Estado. En este sentido, recordamos que todo Estado miembro de Naciones Unidas es miembro de la UNESCO[549], sin necesidad de ratificar ningún instrumento ni Protocolo adicional, motivo por el que no se denuncian ante organismos internacionales violaciones cometidas por diferentes Estados cuando estos no han ratificado dicho protocolo o instrumento. Esta característica particular, que nos recuerda precedentes que se remontan al sistema de protección de las minorías de la Sociedad de Naciones, va a marcar una diferencia fundamental si lo comparamos con otros instrumentos ante instancias internacionales como, por ejemplo, el Consejo de Europa (Convención de 1950), la OEA (Convención de 1969), o las Naciones Unidas (en los Pactos de 1966), en los que solo se pueden presentar quejas individuales por violación de derechos humanos contra los Estados miembros que hayan ratificado el instrumento normativo pertinente.

Asimismo, y considerando el carácter individual aludido, si bien es cierto que en las Naciones Unidas (resolución 1503 del Consejo Económico y Social) y en la OIT (procedimiento ante el Comité de Libertad Sindical) puede dirigirse una queja individual, con ciertas condiciones, contra cualquier Estado miembro, el procedimiento al que dará lugar será individual solo al principio, ya que adquirirá posteriormente carácter colectivo.

---

[547] UNESCO, *Evaluación de los procedimientos aprobados por el Consejo Ejecutivo para el examen de las comunicaciones relativas a violaciones de los derechos humanos en los ámbitos de competencia de la UNESCO*, 120 EX/17, 10 de septiembre de 1984, pp. 32 y ss.

[548] Véase, por ejemplo, el supuesto citado en el apartado anterior sobre el PIDESC.

[549] La Organización cuenta ahora con 193 Miembros y 11 Miembros Asociados. EEUU es miembro desde 2023. La pertenencia a la UNESCO se rige por los Artículos II y XV de la Constitución de la Organización y por las reglas 98 y 101 del reglamento de la Conferencia General. La condición de Miembro de las Naciones Unidas conlleva el derecho a ser miembro de la UNESCO. Los estados que no son miembros de las Naciones Unidas pueden ser admitidos en la UNESCO tras la recomendación del Consejo Ejecutivo y mediante un voto favorable de una mayoría de dos tercios de la Conferencia General.

Así, en el caso de las Naciones Unidas, se tratará de identificar, mediante comunicaciones individuales, un cuadro de violaciones graves de los derechos humanos en un país determinado o se hará cargo de la misma la comunidad internacional, y en el caso de la OIT, lo hará el Consejo de Administración, una vez examinada la queja por el Comité de Libertad Sindical.

Por tanto, la originalidad del procedimiento 104 de la UNESCO reside en la combinación de todos los elementos referidos, que harían de este instrumento un recurso accesible universalmente, sin embargo, y tal y como se cuestiona en algunas sesiones del propio Consejo Ejecutivo, dada su poca publicidad, cabe preguntarse también con qué espíritu se plantearon las disposiciones que definen este procedimiento.

Pues bien, investigando en sus orígenes y planteamiento llegamos a la conclusión de que, mientras que los demás procedimientos existentes parecen, generalmente, aplicarse en un contexto de conflicto y acusatorio, el procedimiento de la UNESCO, aunque se rige por disposiciones en gran medida similares, se ha aplicado deliberadamente y desde el comienzo con miras a buscar una solución conjuntamente con el Estado interesado, en lo que se ha llamado una especie de «diplomacia silenciosa». Motivo por el cual, tal y como reconoce el propio Consejo Ejecutivo, siempre se ha procurado no llegar a la culminación del procedimiento, es decir, a la constatación de que un Estado ha violado los derechos humanos, puesto que tal comprobación equivaldría en realidad a entrar en una vía en la que ya no se puede buscar una solución. Se pretende, por tanto, el diálogo y el consenso con el Estado para llegar a una solución «sin hacer ruido», no a una declaración de culpabilidad.

La realidad de este procedimiento plantea la paradoja de procurar, al mismo tiempo, llegar al fondo del mismo pero evitando que se llegue a ese punto. En ese contexto se han diseñado las diversas y numerosas etapas del procedimiento ante el Comité de Convenciones y Recomendaciones, cada una de las cuales representa un nivel superior de diálogo con el Estado interesado y, por consiguiente, una nueva oportunidad para ese Estado de encontrar una solución satisfactoria para la presunta víctima. Tal y como rezan las normas del procedimiento, se trata de mejorar la situación de las presuntas víctimas, no de condenar a los gobiernos interesados ni, menos aún, de sancionarlos.

Aquí reside uno de los «puntos débiles» del procedimiento, ya que el Comité ha de tomar sus decisiones solo por consenso.

El segundo «punto débil» es, además, una de las características más destacadas del procedimiento de la UNESCO: el acento que se pone en su carácter confidencial. No se ha dado publicidad a los casos resueltos de reprobación al Estado interesado que haya vulnerado derechos. Hasta tal punto se protege este principio que, según ha afirmado el

propio Consejo Ejecutivo no se han «escatimado esfuerzos» por salvaguardar el carácter confidencial del procedimiento, llegando incluso a declarar inadmisibles comunicaciones cuyos autores hubieren manifiestamente violado el carácter confidencial.

Esta circunstancia de «la confidencialidad» es la que también dificulta encontrar artículos de doctrina jurídica que versen sobre este procedimiento en los que poder basarnos para apoyar el nivel de análisis del mismo, por lo que sirva este trabajo para plantear también la posibilidad de un nuevo enfoque, no tan hermético, de este procedimiento en un futuro, con el que ofrecer una nueva vía de defensa en el ámbito internacional de los derechos humanos.

Aunque, por otro lado, cabe plantearse que sin esta confidencialidad, es dudoso que los gobiernos aceptasen acudir a dialogar ante el Comité. Los miembros del Comité de Convenciones y Recomendaciones han considerado que es precisamente esta «discreción» que distingue al procedimiento establecido en la Decisión 104 EX/3.3 el factor que hace que el Comité de Convenciones y Recomendaciones haya adquirido la autoridad moral que precisa para convencer a los Estados para que cooperen[550]. Con ello, el Comité trata, por razones humanitarias, de establecer un diálogo con los gobiernos para examinar con ellos las medidas que se podrían tomar para promover los derechos humanos en las esferas de competencia de la UNESCO mediante la búsqueda de una solución amistosa[551].

Este interés por preservar el carácter confidencial del procedimiento 104 viene a evidenciar también que ningún procedimiento, por muy perfecto que sea desde el punto de vista técnico, «puede ayudar a los seres humanos sin contribuir, al mismo tiempo, a desestabilizar el poder del Estado, a no ser que cuente con el consenso de los Estados Miembros»[552].

B. Pasos para examinar las comunicaciones

A pesar de que el procedimiento, tal y como hemos señalado, se caracteriza por su sencillez, ello no obsta para que el Comité examine, antes de entrar en el fondo de la cuestión, una serie de condiciones para decidir sobre la admisibilidad de las

[550] UNESCO, *Examen de las comunicaciones transmitidas al Comité de Convenciones y Recomendaciones en cumplimiento de la Decisión 104 ex/3.3, e informe del Comité al respecto. Comparación del procedimiento del Comité de Convenciones y Recomendaciones con los de los órganos de las Naciones Unidas que se ocupan de los Derechos Humanos*, 166 EX/23, 13 de marzo de 2003, párr. 26.

[551] UNESCO, *Informe del Comité de Convenciones y Recomendaciones*, 155 EX/PRIV, 13 de noviembre de 1998.

[552] UNESCO, *Evaluación de los procedimientos aprobados por el Consejo Ejecutivo…, op.cit.,* pp. 32 y ss.

comunicaciones. Son diez las condiciones de admisibilidad, que se enumeran en el párrafo 14 a) de la decisión 104 EX/3.3 del Consejo Ejecutivo. Si una de las condiciones no se cumple, no se daría curso a la misma.

Condiciones de admisibilidad de las comunicaciones

1. No debe ser anónima.

2. Debe emanar de una persona, o de un grupo de personas, de las que se pueda presumir razonablemente que son víctimas de una violación alegada de uno de los derechos humanos objeto de este este procedimiento. Puede también provenir de toda persona o grupo de personas u organización no gubernamental que tenga un conocimiento fidedigno de dichas violaciones.

3. Debe referirse a violaciones de derechos humanos que sean de la competencia de la UNESCO en las esteras de la educación, la ciencia, la cultura y la comunicación, y no debe estar motivada exclusivamente por consideraciones de otra índole.

4. Debe ser compatible con los principios de la Organización, la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, los pactos internacionales relativos a los derechos humanos y los demás instrumentos internacionales referentes a los derechos humanos.

5. No debe estar manifiestamente desprovista de fundamento y debe contener los elementos de prueba pertinentes.

6. No debe ser injuriosa ni constituir un abuso del derecho a presentar comunicaciones; Sin embargo, dicha comunicación podrá ser examinada, si satisface los otros criterios de admisibilidad, una vez que los términos injuriosos o abusivos hayan sido suprimidos.

7. No debe basarse exclusivamente en informaciones difundidas por los grandes medios de comunicación (prensa escrita, televisión, radio, etc.).

8. Debe ser presentada dentro de un plazo razonable a partir de la fecha en que han acaecido los hechos que la motiven o de la fecha en que se conocieron esos hechos.

9. Debe indicar si se ha intentado agotar los recursos internos disponibles con respecto a los hechos que constituyen el objeto de la comunicación, así como los resultados eventuales de esos intentos.

10. Las comunicaciones relativas a problemas que han sido ya resueltos por los Estados interesados de conformidad con los principios relativos a los derechos humanos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales sobre derechos humanos no serán examinadas.

A continuación, el Comité procedería al examen en cuanto al fondo del asunto. Para ello, se invita a los representantes del Gobierno interesado a suministrar informaciones o responder a las preguntas que hagan los miembros del Comité sobre la admisibilidad o el fundamento de la comunicación. Como el Comité no es un tribunal internacional, procura resolver el problema en un espíritu de cooperación internacional, de diálogo, de conciliación y de entendimiento mutuo[553]. Por ello se ha defendido el hecho de que los trabajos del Comité tengan un carácter estrictamente confidencial, de modo que tampoco la opinión pública pueda influir sobre el pronunciamiento ni señalar a modo de reprobación al Estado infractor.

Finalmente, las decisiones del Comité son transmitidas al autor de la comunicación y al Gobierno interesado. Dichas decisiones son inapelables. Sin embargo, el Comité puede aceptar examinar nuevamente una comunicación si recibe información complementaria o nuevos elementos. Las decisiones finales del Comité (constataciones, decisiones de inadmisibilidad y decisiones de poner fin al examen de una comunicación) son hechas públicas, previo examen de las comunicaciones en sesión privada[554]. En sus decisiones, el Comité de Convenciones y Recomendaciones puede hacer llamamientos a la clemencia de las autoridades y también puede pedir al Director General o al Presidente del Comité de Convenciones y Recomendaciones que lleven a cabo gestiones humanitarias en favor de supuestas víctimas.

C. Asuntos resueltos relacionados con la expulsión de extranjeros y la discriminación

Con carácter previo, vamos a señalar que, en principio, no corresponde a las esferas de competencia de la UNESCO el derecho a circular libremente[555]. A pesar de ello, dicho derecho humano fundamental podría, sin embargo, ser de su competencia si su ejercicio estuviera unido a circunstancias relacionadas con esas esferas, por ejemplo, viajar al extranjero a cursar estudios, enseñar o investigar. En lo que se refiere a los

[553] Decisión 104 EX/3.3 del Consejo Ejecutivo de la UNESCO, *op.cit*., art. 7: «Considerando que en los asuntos relativos a los derechos humanos que entran en las esferas de su competencia, la UNESCO debe actuar, basando sus esfuerzos en principios morales y en sus competencias específicas, con un espíritu de cooperación internacional, de conciliación y de comprensión recíproca; y reconociendo que la UNESCO no puede desempeñar el papel de un organismo judicial internacional».

[554] Hasta 1985, la actuación del Comité de Derechos Humanos concluía con la adopción de las constataciones. Desde 1990, bajo la presión cada vez mayor de los autores de las comunicaciones que se quejaban de la inexistencia de efecto de esas constataciones en los gobiernos correspondientes, el Comité de Derechos Humanos adoptó una medida consistente en designar «un Relator Especial encargado del seguimiento de las constataciones». Desde 1991, ese Relator Especial envía a los Estados parte solicitudes de información relativas al seguimiento de las constataciones.

[555] Véase Decisión 104 EX/3.3 del Consejo Ejecutivo de la UNESCO, *op.cit*., párr. 14 a) iii)

problemas de circulación de científicos y otras categorías de personas vinculadas a sus esferas de competencia, el Comité estimó, en su 155ª reunión, que la UNESCO no puede permanecer indiferente a sus problemas, pero que no es el foro apropiado para examinar comunicaciones relativas a la concesión de visados por un gobierno a ciudadanos de otro país, que es una cuestión de soberanía nacional.

En segundo término, el Comité decidió que el derecho a emigrar en principio tampoco correspondía a las esferas de competencia de la UNESCO. La admisibilidad de una comunicación relativa a este derecho se debería apreciar en función de otros criterios, por ejemplo, la profesión de la presunta víctima, y en función de la información complementaria facilitada por el gobierno interesado y por el autor de la comunicación[556].

Hechas tales precisiones, observamos que desde que se aprobó este mecanismo en 1978 hasta 2019, el balance de los resultados en relación con las presuntas víctimas (o grupos de presuntas víctimas) relacionados con la libre circulación es el siguiente: en total, 21 asuntos sobre autorizaciones a salir del Estado en cuestión, y 35 sobre autorizaciones a entrar en el Estado. No disponemos de más información concreta sobre los mismos.

El único ejemplo que hemos encontrado relativo al objeto de estudio de este trabajo es el de la expulsión, el 25 de abril de 1986, por parte del Gobierno británico de 22 estudiantes libios, y la amenaza de expulsión y presiones sobre otros más, lo que fue denunciado por la delegación libia ante la UNESCO como un acto inhumano y en contra de los convenios y prácticas internacionales[557]. Se trataba de una medida colectiva sin precedentes, que representaba una violación de la Constitución de la Unesco, así como de la Convención relativa a la lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, aprobada en 1960, que garantiza el derecho a la educación y brinda iguales oportunidades para todos, sin discriminaciones basadas en el sexo, la raza, el color o la lengua[558].

---

[556] UNESCO, *Comité de Convenciones y Recomendaciones: documento de información*, 214 EX/CR/2, 15 de febrero de 2022, p. 25.

[557] Recordamos el contexto político de entonces: el cinco de abril de 1986, una bomba hace explosión en la discoteca La Belle, en Berlín occidental. En este ataque terrorista fallecieron tres personas, entre ellos un militar norteamericano. La Administración Reagan vio la mano del Gobierno libio detrás del grupo terrorista que perpetró la matanza. En respuesta al ataque contra la discoteca berlinesa, las fuerzas aéreas estadounidenses y británicas bombardearon las ciudades libias de Benghazi y Trípoli el 14 de abril desde portaviones situados frente a la costa libia. Algunos bombardeos tuvieron como objetivo los palacios presidenciales de Gadafi. En uno de ellos, una hija adoptiva del líder libio resultó muerta. Tras este ataque, Trípoli desistió de todo intento de seguir apoyando actividades del terrorismo internacional.

[558] UNESCO, *Informe de la mesa sobre las cuestiones que, con arreglo a la decisión del Consejo (103 EX/Decs., 3.2.1, párrafo 2 c)), no parece deban dar lugar a debate*, 124 EX/47, 7 de mayo de 1986.

CAPÍTULO IV

INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL FRENTE A OTROS TIPOS DE DISCRIMINACIÓN EN RELACIÓN CON LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

«Sin tener una gran opinión de los hombres ni del matrimonio, casarse había sido siempre su objetivo; era la única colocación honrosa para una joven bien educada, pero de escasa fortuna y aun siendo un medio incierto de lograr la felicidad, era sin duda la más grata protección contra la pobreza».

(Jane Austen, Orgullo y Prejuicio)

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los motivos históricos más arraigados de discriminación, además de la raza o la nacionalidad, ha sido el sexo y el género. Y es que, aunque sea una obviedad, en la discriminación sexual, el sexo representa el fundamento principal de la distinción, minusvaloración o del prejuicio en algún ámbito. Del latín *sexus* es la condición orgánica, masculina o femenina, de los animales y las plantas, un factor inmanente o heredado con el que la persona nace y hace referencia a los rasgos fisiológicos y biológicos de ser macho o hembra[559]. Se considera discriminación sexual cuando los tratamientos peyorativos se fundan en la pura y simple constatación del sexo de la víctima o en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan una conexión directa e inequívoca incidiendo exclusivamente sobre los miembros de un sexo determinado[560].

Las altas tasas de violencia sexual y discriminación por razón de género, las prácticas nocivas como el matrimonio infantil, precoz y forzado, la violencia y el acceso desigual a los derechos y recursos son motivos muy frecuentes por los que, principalmente, las mujeres y las niñas emigran. La esperanza de eludir el control de la familia o la discriminación arraigada que limita su acceso a los recursos, la educación y

[559] En la lengua inglesa el término «sexo» denota lo biológico y lo físico, mientras que en la francesa lo hace aludiendo a la vida sexual y al carácter sexuado de la humanidad.
[560] VERGARA CEBALLOS, F., *Trabajadoras inmigrantes en España…, op.cit.,* pp. 101-105.

la participación política, con frecuencia, está detrás del deseo de la mujer de migrar[561]. Todavía en 2015, las mujeres solteras de 30 países no podían elegir el lugar en que deseaban vivir, al menos 6 países exigían que las mujeres obtuvieran el permiso de sus tutores varones y mujeres para viajes internacionales, y en 18 países la legislación nacional impedía a las mujeres obtener un empleo sin la autorización de su tutor o marido. Además, en varios países las mujeres no podían transmitir su nacionalidad a sus cónyuges o hijos[562].

Pero no solo las mujeres por el hecho de serlo sufren discriminación, las personas lesbianas, bisexuales, transgénero e intersexuales también corren mayor riesgo de ser víctimas de la persecución, la tortura y los malos tratos. Así, por ejemplo, y centrándonos en el objeto de este trabajo, se observa que durante su detención por la entrada y permanencia irregular en un país, las mujeres transgénero pueden verse especialmente expuestas al aislamiento social y ser objeto de violencia física y sexual, ya que normalmente se las recluye con los hombres[563].

Los primeros instrumentos jurídicos internacionales específicos para hacer frente a la discriminación por razón de sexo surgen en la lucha contra la discriminación femenina a través de la Convención sobre los derechos políticos de la mujer (1952), la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer (1967), y sobre todo, la aprobación en la Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer**,** que entró en vigor el 3 de septiembre de 1981 y de la que, en la actualidad, forman parte 189 Estados[564]. Posteriormente, se aprobó la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (1993).

Ya que estos instrumentos estaban prmdevistos en un principio considerando solo la discriminación contra la mujer en el ámbito del género, nos vamos a circunscribir ahora, principalmente, a este aspecto, sin entrar en otros tipos de discriminación o persecución que pueden sufrir todas las personas, incluyendo los migrantes, por otras

[561] ONU, *Estudio mundial sobre el papel de la mujer en el desarrollo 2004. La mujer y la migración internacional*, A/59/287/Add.1, Naciones Unidas, Nueva York, 2005, pp. 16 y 17.
[562] Véase en global Banco Mundial, *Women, Business and the Law 2016: Getting to Equal*, Banco Mundial, Washington, D.C., 2015.
[563] Véase KEYGNAERT, I. y GUIEU, A., "What the eye does not see: a critical interpretive synthesis of European Union policies addressing sexual violence in vulnerable migrants", *Reproductive Health Matters*, vol. 23, núm. 46, 2015, pp. 45-55.
[564] Nos llama la atención que EEUU sea uno de los pocos Estados que no forman parte de la misma.

cuestiones relacionadas con el género. Entendiendo que el concepto de «género» se ha interpretado para incluir situaciones en las que el trato discriminatorio está relacionado con el «sexo» en un sentido más abstracto. La identidad de género se refiere a:

«La vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado en el momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales»[565].

A este concepto volveremos al tratar el asilo y refugio.

II. PROTECCIÓN FRENTE A LAS EXPULSIONES DESDE LOS INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN A LA MUJER

A. La Convención de las NNUU sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979

Circunscribiéndonos pues al concepto de «discriminación contra la mujer», esta se define en la Convención de las NNUU sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 como:

«Toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera» (art.1).

Este texto internacional compendia una serie de obligaciones para los Estados parte que, como reza el artículo 2, condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas y convienen en seguir, a través de todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer. Sin embargo, hay que recordar que el volumen de las reservas que plantearon los Estados

[565] Esta definición ampliamente aceptada se ha extraído de los «Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género», de marzo de 2007, disponibles en: www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm. Los Principios fueron adoptados por un comité independiente de expertos en legislación internacional sobre derechos humanos.

parte con respecto a varios artículos de la Convención, no solo fueron considerables en cuanto al número, sino también respecto a su contenido, ya que negaban la validez vinculante de algunas de sus disposiciones[566], en particular de los artículos 9 (sobre la nacionalidad)[567], 15 (igualdad ante la ley)[568] y 16 (matrimonio y relaciones familiares)[569].

Precisamente aquellos preceptos tratan algunos temas que afectan también al ámbito de la expulsión de extranjeros, como la nacionalidad, la libertad de circulación, libertad e igualdad para el matrimonio y las relaciones familiares[570].

El órgano encargado de velar por el cumplimiento del contenido de la Convención fue el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Pese a que, inicialmente, no contaba con un método para investigar las denuncias individuales o intergubernamentales, esta situación se corrigió mediante un Protocolo Facultativo que

---

[566] El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) abordó la cuestión de las reservas en su Observación general n.º 4, *Reservas*, 1987 y en su Observación general n.º 20, *Reservas formuladas en relación con la Convención*, 1992.

[567] Artículo 9: «1. Los Estados partes otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad. Garantizarán, en particular, que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge. 2. Los Estados Partes otorgarán a la mujer los mismos derechos que al hombre con respecto a la nacionalidad de sus hijos».

[568] Artículo 15: «1. Los Estados Partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley. 2. Los Estados Partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales. 3. Los Estados Partes convienen en que todo contrato o cualquier otro instrumento privado con efecto jurídico que tienda a limitar la capacidad jurídica de la mujer se considerará nulo. 4. Los Estados Partes reconocerán al hombre y a la mujer los mismos derechos con respecto a la legislación relativa al derecho de las personas a circular libremente y a la libertad para elegir su residencia y domicilio».

[569] Artículo 16: «1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:
a) El mismo derecho para contraer matrimonio;
b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;
c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución;
d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;
e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos;
f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;
g) Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación;
h) Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso».

[570] HÜFNER, K. y SCHLAAK, C., *Violaciones de los Derechos Humano…, op.cit.*, p. 75.

introdujo el procedimiento específico y que fue defendido en la Declaración y Programa de Acción de Viena, adoptados en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1993, así como en la importante Cuarta Conferencia Mundial de Mujeres de 1995. Finalmente, este Protocolo entró en vigor el 22 de diciembre de 2000, pero adoptando esta vez la prevención de no permitir reservas con respecto al mismo. Un total de 114 países han ratificado el mencionado Protocolo[571].

El procedimiento de denuncia contemplado en el Protocolo, en su artículo 2, establece que las personas o grupos de personas que aleguen ser víctimas de una violación de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención, por un Estado parte, podrán presentar comunicaciones. Para lo cual, será necesario, en primer lugar, agotar todos los recursos de la jurisdicción interna para acudir a esta vía[572]. Asimismo, las comunicaciones se presentarán por escrito y no podrán ser anónimas.

El Protocolo incluye también un procedimiento de investigación, de modo que si el Comité recibe información fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas de un Estado parte de los derechos enunciados en la Convención, invitará a dicho Estado a colaborar en la revisión de la información y, a esos efectos, presentar observaciones, pudiendo incluir una visita al territorio (artículo 8.2). Este método se basa en el modelo de investigación, que como veremos en el capítulo sobre *non refoulement* realiza la Convención Internacional de 1984 contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes (artículo 20) y que permite investigar los casos de violaciones de derechos humanos en los que las víctimas no pudieron presentar denuncia[573].

Sin embargo, a pesar de la opción descrita, no debemos olvidar que existe la posibilidad, prevista en el artículo 10 del Protocolo, de que los Estados declaren, en el momento de la firma o ratificación del mismo, que no reconocen la competencia del Comité a los efectos previstos en los artículos 8 y 9 (investigación y visita al territorio).

Asimismo, en la actualidad, hay varias posibilidades para advertir de los casos de discriminación de género escala mundial. Así, podemos citar el procedimiento ante la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, que también puede recibir quejas con respecto a posibles situaciones de discriminación contra la mujer[574], aunque es más

[571] Actualización a fecha de octubre de 2020.

[572] Artículo 4.1: «el Comité no examinará una comunicación a menos que se haya cerciorado de que se han agotado todos los recursos de la jurisdicción interna, salvo que la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente o resulte improbable que brinde una solución efectiva».

[573] Véase el apartado anterior, sobre la Convención Internacional contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes.

[574] La Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer es el principal órgano internacional intergubernamental dedicado exclusivamente a la promoción de la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer. Se trata de una comisión orgánica dependiente del Consejo Económico y Social, creado en virtud de la Resolución 11(II) del Consejo, de 21 de junio de 1946. La Comisión de la Condición Jurídica

conocida su actividad en cuanto a la elaboración de informes y otras actividades de promoción e información.

En todo caso, son mayoritarios los procedimientos de denuncias ante el Comité por violaciones de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Razón por la cual el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), en 2017, mediante la Recomendación general n.º 35, estructuró el instrumento que aborda de manera más completa las obligaciones de los Estados ante las violencias por razones de género contra las mujeres[575] desde la perspectiva del Derecho internacional de los derechos humanos[576]. Algunos aspectos relevantes de las recomendaciones formuladas por el Comité a los Estados en relación con el derecho de acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencias sexuales fueron: a) Debida diligencia del Estado; b) lucha contra los estereotipos de género y c) sensibilización y formación de profesionales[577].

Igualmente, se refirió también a las migrantes trabajadoras en su Observación general n. º 26, aprobada en diciembre de 2008, afirmando que la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer se aplica a todas las mujeres, incluidas las migrantes, y que estas últimas no deberían ser discriminadas en ningún ámbito de sus vidas[578].

y Social de la Mujer desempeña una labor crucial en la promoción de los derechos de la mujer documentando la realidad que viven las mujeres en todo el mundo, elaborando normas internacionales en materia de igualdad de género y empoderamiento de las mujeres.
En 1996, en virtud de la resolución 1996/6, el Consejo Económico y Social amplió el mandato de la Comisión y decidió que debería asumir un papel de liderazgo en la seguimiento y revisión de los avances y las dificultades encontradas en la implementación de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, así como en la incorporación de la perspectiva de género en las actividades de las Naciones Unidas.
Durante el periodo anual de sesiones de la Comisión, los representantes de los Estados miembros de las Naciones Unidas, las organizaciones de la sociedad civil y las entidades de las Naciones Unidas se reúnen durante dos semanas en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York para debatir sobre los avances y las brechas en la aplicación de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing de 1995, el principal documento de política mundial sobre igualdad de género, y la 23ª Sesión Especial de la Asamblea General, celebrada en 2000.

[575] En sentido amplio, «género» es lo que significa ser hombre o mujer y cómo este hecho define las oportunidades, los papeles, las responsabilidades y las relaciones de una persona. Se trata, por consiguiente, de una construcción de significados donde se convocan todos los aspectos ya sean sociales, psicológicos y culturales de femineidad/masculinidad y conforme a la cual se realiza una clasificación social de los individuos en las categorías masculino y femenino.

[576] Véase la Recomendación general n.º 35 del CEDAW, sobre violencia contra la mujer basada en el género, (actualizando la Recomendación general n.º 19), CEDAW/C/GC/35, 26 de julio de 2017.

[577] GRUPO DE INVESTIGACIÓN ANTÍGONA, *Las violencias sexuales en el Estado español: Marco jurídico y análisis jurisprudencial*, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, octubre 2018, p. 154.

[578] Véase la Observación general n.º 26 del CEDAW, *sobre las trabajadoras migratorias*, CEDAW/C/2009/WP.1/R, de 5 de diciembre de 2008.

Mujeres extranjeras objeto de expulsión y la Convención

Una vez dibujado el marco general, nos vamos a centrar en mayor detalle ahora en las mujeres extranjeras que son objeto de expulsión[579]. El Comité ha recordado en su Recomendación general n.º 28, de 2010, *sobre las obligaciones básicas de los Estados partes de conformidad con el artículo 2 de la Convención*, que las obligaciones de los Estados se aplican sin discriminación tanto a los ciudadanos como a los no ciudadanos, incluidos los refugiados, los solicitantes de asilo, los trabajadores migratorios y los apátridas que se encuentren en su territorio o bajo su control efectivo, incluso cuando estén fuera de su territorio[580]. Igualmente, ha indicado también que los Estados parte son responsables de todos sus actos que afectaran a los derechos humanos, independientemente de que las personas afectadas estuvieran o no en su territorio[581]. Consideramos esta matización de gran importancia ya que se entendería entonces que un Estado parte podría estar violando la Convención si devolviera a una persona, una mujer en este caso, a otro Estado en circunstancias en que previsiblemente fuera a ser objeto de violencia grave por razón del género. Esa previsibilidad de la consecuencia implicaría, en sí, una violación del Estado parte, aunque las consecuencias solo se produjeran más tarde.

El Comité precisa que, según «su jurisprudencia»[582], la Convención tiene efecto extraterritorial solo cuando la mujer que vaya a ser devuelta a su país «corra un riesgo real, personal y previsible de ser objeto de formas graves de violencia de género»[583]. Aquí es donde resulta difícil probar tal circunstancia, ya que, en la mayor parte de los casos, el temor a sufrir violencia sexual o de género al regresar a su país es muy difícil de demostrar de forma fehaciente, lo que dificulta en modo extremo dictaminar una vulneración por parte del país expulsor del contenido de la Convención.

Respecto a lo que constituya o no una forma grave de violencia de género dependerá de las circunstancias de cada caso, por lo que el Comité, para determinar una violación de la Convención, deberá hacer su determinación caso por caso durante el examen del fondo de la cuestión planteada, siempre que el autor haya establecido ante el Comité una presunción *prima facie* de ello mediante una fundamentación suficiente de sus alegaciones[584].

---

[579] El caso de las solicitantes de protección internacional lo trataremos en detalle en el capítulo correspondiente.
[580] *Cfr*. Recomendación general n.º 28 del CEDAW, *sobre las obligaciones básicas de los Estados partes de conformidad con el artículo 2 de la Convención*, CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010, párr. 12.
[581] *Cfr*. Recomendación general n.º 28 del CEDAW, *op.cit.*, párr. 12 y Decisión del CEDAW de 2 de marzo de 2015, comunicación n.º 51/2013, *Y. W c. Dinamarca*, deliberación 8.5.
[582] Aunque los Comités no tienen categoría judicial, en el ámbito internacional se refieren a menudo a sus decisiones, dictámenes y comunicaciones en casos de denuncias individuales como jurisprudencia.
[583] Véase, por ejemplo, la Decisión del CEDAW de 15 de julio de 2013, comunicación n.º 33/2011, *M. N. N. c. Dinamarca*, párr. 8.10.
[584] *Ibid*.

Asimismo, en su destacable Recomendación general n. º 32 sobre las dimensiones de género del estatuto de refugiada, del asilo, la nacionalidad y la apatridia de las mujeres, concluye que en los artículos 1 a 3, 5 a) y 15 de la Convención[585] se desprende la obligación de los Estados partes de velar para que las mujeres no sean objeto de discriminación durante todo el proceso de asilo, o incluso desde el momento mismo de su llegada a las fronteras[586]. Debemos recordar que, según el artículo 1. A. 2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, los motivos de persecución deben estar relacionados con uno de los cinco que se enumeran en él: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. Lo que denota que, en el texto, no se menciona la persecución por razón de género. Motivo por el que la citada Recomendación general pretende garantizar que los Estados parte apliquen una perspectiva de género a la hora de interpretar los cinco motivos mencionados y consideren el factor de género para reconocer la pertenencia a un determinado grupo social a los efectos de conceder el estatuto de refugiado en virtud de la Convención de 1951[587].

Igualmente, pretende esta Recomendación que los Estados introduzcan otros motivos de persecución, concretamente el género y el sexo, en la legislación y las políticas nacionales relativas a los refugiados y solicitantes de asilo (recomendación que sí se contempla en la legislación interna española). Cabe observar que, en otros contextos internacionales, regionales e incluso nacionales, se contempla la concesión del asilo a las personas que no pueden ser devueltas a sus países de origen por otras circunstancias, como por ejemplo, ser objeto de amenazas que pongan en peligro sus vidas, o de tortura o tratos inhumanos o degradantes[588].

En todo caso, las mujeres solicitantes de protección internacional tienen derecho a que se respeten los derechos que les confiere la Convención sobre el Estatuto de los

---

[585] Art. 5: «Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:
a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres».
Art. 15: «1. Los Estados Partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley.
2. Los Estados Partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales.
3. Los Estados Partes convienen en que todo contrato o cualquier otro instrumento privado con efecto jurídico que tienda a limitar la capacidad jurídica de la mujer se considerará nulo.
4. Los Estados Partes reconocerán al hombre y a la mujer los mismos derechos con respecto a la legislación relativa al derecho de las personas a circular libremente y a la libertad para elegir su residencia y domicilio».
[586] Véase la Recomendación general del CEDAW n.º 32, *sobre las dimensiones de género del estatuto de refugiada, el asilo, la nacionalidad y la apatridia de las mujeres*, CEDAW/C/GC/32, 14 de noviembre de 2014.
[587] Véase capítulo 5.
[588] Recomendación general del CEDAW n.º 32, *op.cit*., párr. 13.

refugiados y a recibir un trato no discriminatorio, respetuoso y digno en todo momento durante el procedimiento de asilo[589]. La cuestión clave que tiene valorar el Comité es determinar si existe alguna irregularidad en el proceso de adopción de decisiones sobre la solicitud de protección internacional, en el sentido de si las autoridades del Estado fallaron en su obligación de evaluar debidamente el riesgo de sufrir actos graves de violencia de género a que se expone la autora en caso de ser devuelta[590].

El hecho de que una mujer solicitante de asilo no haya buscado la protección del Estado o no haya presentado una denuncia ante las autoridades antes de abandonar su país de origen no debería influir en su solicitud de asilo, especialmente en los casos en los que se tolere la violencia contra la mujer o exista una tendencia a no responder a las denuncias de maltrato presentadas por las mujeres. No sería realista exigir a la mujer que hubiera buscado protección antes de huir. También puede ocurrir que la mujer no confíe en el sistema judicial y no tenga acceso a la justicia o tenga miedo de ser objeto de maltrato, acoso o represalias por presentar las denuncias[591].

Entre los escasos supuestos en los que el CEDAW ha dictaminado vulneración de los preceptos de la Convención en casos de expulsión o devolución de mujeres extranjeras, vamos a citar el asunto *R. S. A. A. y otros c. Dinamarca*[592]. Se trataba aquí de una refugiada palestina, titular de un pasaporte jordano tras haber contraído matrimonio, que había solicitado asilo en Dinamarca, país al que huyó junto con sus hijas, alegando que, de ser deportadas, serían objeto de matrimonio forzado, especialmente la hija menor, mientras que ella sería objeto de malos tratos y un procedimiento por secuestro de las hijas. Argumentaba que, de obligarla a volver a Jordania, Dinamarca vulneraba los artículos 1 (discriminación sobre la mujer) y 2 d) (abstención de todo acto de discriminación), leídos conjuntamente con el artículo 2 e) (medidas apropiadas para eliminar la discriminación)[593] y f) (medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer), y el artículo 15, párrafo 4 (derecho de libre circulación), de la Convención sobre Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. El Servicio de Inmigración danés denegó dicha solicitud de asilo. Tras examinar las alegaciones, junto con la situación de la mujer en Jordania, el Comité concluyó que el Estado parte no había prestado suficiente atención al riesgo real, personal y previsible de sufrir formas graves

[589] *Ibid*., párr. 24.
[590] Decisión del CEDAW de 26 de febrero de 2018, comunicación n.º 85/2015, *S.F.A. c. Dinamarca*, deliberación 9.8.
[591] Véanse la Decisión del CEDAW de 6 de agosto de 2007, comunicación n.º 5/2005, *Şahide Goekce (fallecida) c. Austria* y la Decisión del CEDAW de 6 de agosto de 2007, comunicación n.º 6/2005, *Fatma Yildirim (fallecida) c. Austria*.
[592] Dictamen del CEDAW de 15 de julio de 2019, comunicación n.º 86/2015, *R.S.A.A. y otros c. Dinamarca*.
[593] Véase también Decisión del CEDAW de 19 de noviembre 2015, comunicación n.º 53/2013, *A c. Denmark*, párr. 11.

de violencia por motivos de género que correrían la autora y sus hijas si las devolvieran a Jordania, por lo que recomendó la no deportación y la reapertura de la solicitud de asilo.

La jurisprudencia del Comité incluye en la definición relacionada con las situaciones de riesgo basadas en el género o que suponen mayor riesgo para las mujeres las situaciones de violencia de género[594], tráfico de personas y trata[595], y la mutilación genital femenina[596].

Por último, cabe recordar, como otros órganos de control internacional sobre la discriminación sobre la mujer en general, al Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra las mujeres y las niñas[597], y la labor de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, acordada su creación en 1994[598]. En este caso, la Relatora puede recibir quejas individuales sobre violación de derechos de las mujeres. Entre las últimas recibidas contra un Estado miembro cabe citar la queja contra Malawi, respecto a 11 mujeres y niñas migrantes que habían sido objeto de violaciones de derechos humanos y finalmente de deportación[599].

B. Otra protección internacional aplicable sobre los derechos de las mujeres extranjeras

Para contemplar los supuestos concretos de mujeres que precisan protección internacional, tal y como hemos venido refiriendo, es necesario remitirse a las normas internacionales relativas al derecho de asilo y refugio (sobre el que nos detendremos en profundidad en el capítulo correspondiente). Baste apuntar ahora que la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados establecería, aplicado a la mujer, que la

[594] Véase la Decisión del CEDAW de 21 de julio de 2017, comunicación n.º 77/2014, *A.M. c. Dinamarca*.
[595] Véase la Decisión del CEDAW de 27 de octubre de 2008, comunicación n.º 15/2007, *Zheng c. Países Bajos*.
[596] Véase la Decisión del CEDAW de 15 de julio de 2013, comunicación n.º 33/2011, *M.N.N. c. Dinamarca*.
[597] La creación del Grupo de Trabajo por el Consejo de Derechos Humanos en su 15º periodo de sesiones, en septiembre de 2010, fue un hito en el largo camino hacia la igualdad entre hombres y mujeres. A lo largo de los años, se han aplicado numerosas reformas constitucionales y legales con el fin de integrar plenamente los derechos humanos de las mujeres en la legislación nacional, pero el progreso sigue siendo insuficiente. La discriminación contra la mujer persiste tanto en el ámbito público como en el privado, lo mismo en épocas de conflicto que en tiempos de paz. Esa discriminación trasciende las fronteras nacionales, culturales y religiosas, y a menudo es impulsada por los estereotipos patriarcales y los desequilibrios de poder, que se reflejan en leyes, políticas y medidas prácticas.
[598] Resolución 1994/45, de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 4 de maro de 1994. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Comisión de Derechos Humanos). La cuestión de la integración de los derechos de la mujer en los mecanismos de **derechos** humanos de las Naciones Unidas y la eliminación de la violencia contra la mujer. 45.ª sesión de la Comisión de Derechos Humanos. Nueva York. Nueva York: CNUDH; 4 de marzo de 1994 (adoptada sin votación. Véase el capítulo XI.-E/CN.4/1994/132).
[599] Nos referimos a la queja JAL MWI 2/2020, de 21 de mayo de 2020, respecto de la cual no ha habido todavía pronunciamiento por parte de la Relatora Especial.

solicitante de asilo debe demostrar que tiene fundados temores de ser perseguida por razones de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opinión política. En esta línea, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados ha destacado, en 2002, que "hay formas de persecución específicas de género y reconoce que prácticas como la dote, la mutilación genital femenina, la violencia doméstica, los matrimonios forzados y la trata de personas constituyen mecanismos de persecución, ya sea por agentes estatales o privados"[600].

Sin embargo, tal y como hemos apuntado, la persecución por causa de género es una de las grandes ausentes en la definición tradicional de refugiado/a en el ámbito internacional, por lo que incluso ACNUR ha destacado la necesidad de incorporar la perspectiva de género en cada uno de los motivos de persecución señalados en el Convención de Ginebra y pide a los Estados que aún no lo hayan hecho, que garanticen la perspectiva de género en la aplicación del derecho de asilo.

Hay dos documentos más de desarrollo de la Convención de Ginebra que afectan a esta cuestión. Uno es la *Primera Conclusión sobre mujeres refugiadas y protección internacional*[601], que adoptó el Comité Ejecutivo del ACNUR en 1985, por la que reconocía que los Estados, en el ejercicio de su soberanía, son libres de interpretar que las mujeres en busca de asilo, que se enfrentan a tratos crueles e inhumanos a causa de haber transgredido las costumbres sociales de la sociedad donde vivían, pueden ser consideradas como un «determinado grupo social», según lo dispuesto en el párrafo 2 de la sección A del artículo 1 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.

El segundo documento es el titulado *Directrices sobre Protección internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del artículo citado de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y el Protocolo de 1967*[602]. Estas directrices publicadas por ACNUR en mayo de 2002 establecen que las solicitudes por motivos de género abarcan, generalmente, actos de violencia sexual, violencia doméstica y familiar, planificación familiar forzada, mutilación genital femenina, castigo por transgredir los valores o costumbres morales y discriminación contra los homosexuales[603].

Así pues, todas estas formas de violencia se definen como persecución y, con relación a la definición de «pertenencia a determinado grupo social», el sexo puede ser

[600] GRUPO DE INVESTIGACIÓN ANTÍGONA, *Las violencias sexuales…, op.cit*., pp. 75 a 77.
[601] ACNUR, *Conclusión n.º 39, sobre mujeres refugiadas y la protección internacional*, 1985 (36º periodo de sesiones del Comité Ejecutivo de ACNUR).
[602] UNHCR/ACNUR, *Directrices sobre protección internacional: La aplicación del artículo 1ª (2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata*, HCR/GIP/06/07, 7 de abril de 2006.
[603] GRUPO DE INVESTIGACIÓN ANTÍGONA, *Las violencias sexuales…, op.cit*., pp. 76 y 77.

subsumido en la categoría de grupo social, siendo las mujeres un claro ejemplo de subgrupo social definido por características innatas, que en general reciben un trato diferenciado al de los hombres. Estas características también las identifican como grupo ante la sociedad que las somete a diferentes tratos y normas en algunos Estados[604].

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998

Cabe recordar también que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998 contiene disposiciones específicas relativas a los delitos basados en el género, estableciendo que la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, los embarazos forzados, la esterilización forzosa y otras formas de violencia sexual constituyen crímenes de guerra cuando se cometen en el contexto de un conflicto armado y en determinadas circunstancias constituyen crímenes de lesa humanidad. En julio de 1998 se produjo un acontecimiento histórico en Roma con la aprobación del Estatuto del Tribunal Penal Internacional que permitiría juzgar un amplio espectro de actos relacionados con el género: violación, esclavitud sexual, prostitución forzosa, embarazo forzado, esterilización obligatoria. De ahí, destaca su artículo 7 que define el crimen de lesa Humanidad, incluyendo la persecución de género dentro de la definición.

C. Protección desde el ámbito regional

1. Europa

Continuando en el ámbito de la protección frente a las expulsiones de personas extranjeras en caso vulneración de derechos que ofrecen los instrumentos frente a la discriminación de la mujer en el ámbito regional, es preciso referirnos al primer instrumento de carácter vinculante, en este caso, en el ámbito regional europeo, en materia de violencia contra la mujer y violencia doméstica, considerado además como el tratado internacional más completo y de mayor alcance sobre la lucha contra todo tipo de violencia contra las mujeres, cual es el Convenio de Estambul de 2011 sobre prevención

[604] Véase UNHCR/ACNUR, *Directrices sobre protección internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967*, HCR/GIP/02/01, 7 de mayo de 2002. Mediante estas directrices, ACNUR propone que las solicitudes por motivos de género sean reconocidas como tales, así como prácticas procedimentales que garanticen una adecuada atención a las mujeres solicitantes de asilo en los procedimientos para determinar la condición de refugiado. En dicha Guía, ACNUR establece que las solicitudes por motivos de Género abarcan los actos de violencia sexual, la violencia doméstica y familiar, la planificación familiar forzada, la mutilación genital femenina, el castigo por transgredir los valores y costumbres morales y la discriminación por identidad sexual.

y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica del Consejo de Europa (conocido como «Convenio de Estambul»)[605].

El Convenio de Estambul de 2011

Si bien este instrumento tiene por objeto otras motivaciones más amplias que exceden del objeto de este trabajo, sí es preciso reparar en varios preceptos por la trascendencia que suponen respecto de las mujeres extranjeras en caso de ser expulsadas. La realidad muestra que las mujeres migrantes, especialmente las indocumentadas, se encuentran, a menudo, en una situación de indefensión legal ante la explotación y el abuso debido a su estatus migratorio irregular, lo que aumenta el riesgo de explotación. Con frecuencia, esta situación irregular actúa como disuasoria para acudir a denunciar situaciones de abuso ante el riesgo de poner en marcha el mecanismo de la expulsión o la devolución.

Precisamente, estas situaciones son las que ha pretendido corregir el Convenio de Estambul. Así, tiene especial relevancia el artículo 59.2 ya que contempla la adopción de las medidas necesarias por los Estados parte para la suspensión de los procedimientos de expulsión de las víctimas en los siguientes términos:

«Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las víctimas puedan obtener la suspensión de los procedimientos de expulsión iniciados por causa de que su estatuto de residente dependa del de su cónyuge o de su pareja de hecho, de conformidad con su Derecho interno, con el fin de permitirles solicitar un permiso de residencia autónoma».

Además, el artículo 59.3 dispone que los Estados deben expedir un permiso de residencia renovable a las víctimas en las situaciones siguientes:

> «a) Cuando la autoridad competente considere que su estancia es necesaria con respecto a la situación personal.
>
> b) Cuando la autoridad competente considere que su estancia es necesaria a los fines de cooperación con las autoridades competentes en el marco de una investigación o procedimientos penales».

Asimismo, establece la obligación de adoptar las medidas necesarias para proteger a las víctimas en los casos de no devolución por solicitud de protección internacional (artículo 61):

[605] El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, también conocido como «Convenio de Estambul» o «Convención de Estambul», es una convención del Consejo de Europa que tiene por objetivo la lucha contra la violencia contra mujeres y la violencia doméstica. Se presentó en Estambul en 2011 y está en vigor en Europa desde el 1 de agosto de 2014. Hasta la fecha ha sido firmado por 46 países y ratificado por 34 países.

«1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para respetar el principio de no devolución, conforme a las obligaciones existentes derivadas del Derecho internacional.

2. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las víctimas de violencia contra las mujeres necesitadas de protección, con independencia de su condición o de su lugar de residencia, no puedan ser devueltas en circunstancia alguna a un país en el que su vida pudiera estar en peligro o en el que pudieran ser víctimas de tortura o de tratos o daños inhumanos o degradantes».

Otros instrumentos europeos

En el ámbito de las violencias contra la mujer y la protección internacional, el Consejo de Europa, en la Resolución 1247 de la Asamblea parlamentaria, *sobre mutilación genital femenina*, adoptada en 2001, instó a los Estados a flexibilizar las legislaciones respectivas con el objeto de reconocer dicho derecho de las mujeres que huyan de sus países para evitar esta práctica de violencia machista[606].

Por otro lado, cabría también recordar que, en el ámbito europeo, el concepto genérico de igualdad y no discriminación se contempla en otros instrumentos no tan específicos sobre la mujer, pero sí sobre derechos humanos, como el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, cuyo artículo 14 prohíbe la discriminación únicamente en relación con el ejercicio de otros derechos reconocidos en el tratado, y su Protocolo n.º 12, de 2000, que confiere carácter independiente a la prohibición de la discriminación.

Por su parte, la Carta Social Europea de 1961, revisada en 1996, incluye el derecho a la igualdad de oportunidades y la igualdad de trato en materia de empleo y ocupación y la protección contra la discriminación por razón de género[607]. Por otro lado, en 2012, el Consejo de Europa puso en marcha su primer «Programa Transversal de Igualdad de Género 2014-2017»[608]. Del análisis de los logros que supuso dicho instrumento surgió la nueva Estrategia 2018-2023, con un punto 5 específico sobre la protección de los derechos de las mujeres y las niñas migrantes, refugiadas y solicitantes de asilo.

[606] Véase la Resolución 1247 (2001) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 22 de mayo de 2001, sobre la mutilación genital femenina.
[607] La CSE incluye el derecho a la igualdad de oportunidades y la igualdad de trato en materia de empleo y ocupación y la protección contra la discriminación por razón de género (art. 20 y E parte V) y reconoce la igualdad de remuneración entre mujeres y hombres (art.4.3) y de formación (art. 10.2).
[608] Véase CONSEJO DE EUROPA, *Are we there yet? Assessing progress, inspiring action: Conclusions and Recommendations*, Estrategia de Igualdad de Género del Consejo de Europa 2014-2017.

Finalmente, recordamos que el Convenio del Consejo de Europa de 2005 sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos pretende prevenir y luchar contra la trata de mujeres, hombres y niños con fines de explotación sexual, laboral o de otro tipo. Sin embargo, destacamos que la trata no es identificada normalmente como persecución por razones de género[609].

Asimismo, el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) de 2000 prohíbe la discriminación por diversos motivos, y el artículo 23 se centra en la igualdad de hombres y mujeres. Esto significa que las personas pueden reclamar si consideran que la legislación de la Unión o la legislación estatal de aplicación no respetan la Carta de Derechos Fundamentales (recordamos, además, que los órganos jurisdiccionales nacionales pueden solicitar orientación sobre la correcta interpretación de la normativa de la Unión al TJUE, a través del procedimiento de cuestión prejudicial previsto en el artículo 267 del TFUE). Asimismo –y solo como recordatorio, por ser normas sobre igualdad, pero en ámbitos específicos de la UE– cabe citar la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo; La Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). y La Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

2. Ámbito regional latinoamericano

Siguiendo en el ámbito regional, en este caso, latinoamericano, cabe citar entre los principales instrumentos jurídicos aplicables, además del paraguas genérico de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1948, una serie de herramientas[610].

Para comenzar, la ya referida Convención de Belem do Pará de 1994, cuyo artículo 9 reconoce que «los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada».

[609] Recomendación general del CEDAW n.º 32, *op.cit.*, párrafo 45.
[610] Otros instrumentos sobre los derechos de la mujer son el Acuerdo entre la CIM y la Organización de los Estados Americanos, la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer, el Estatuto de la Comisión Interamericana de Mujeres y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Mujeres.

Los otros dos instrumentos específicos, que no contienen ninguna referencia aplicable en concreto a la expulsión o la protección internacional de mujeres extranjeras, ya que se refiere a las mujeres en general, son la Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer (que se reconocen en igualdad con el hombre) y la Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer, que reconoce el derecho al voto de la mujer en igualdad con el hombre, adoptadas en 1948. De ambos instrumentos, en los que no nos detendremos por exceder del objeto de estudio, vamos a destacar solo uno de los considerandos que aparece recogido en ambos textos, sin hacer ningún comentario al respecto «que la mujer de América, mucho antes de reclamar sus derechos, ha sabido cumplir noblemente todas sus responsabilidades como compañera del hombre».

Como organismos de control sobre el cumplimiento del respeto a la igualdad y los derechos de la mujer, cabe apelar a los principales encargados de la protección genérica de los derechos humanos, es decir, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No obstante, también se crearon dos organismos más específicamente centrados sobre las mujeres, la Comisión Interamericana de Mujeres[611] y la Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres.

3. Ámbito regional africano

Por su parte, en el ámbito regional africano, la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981, en su artículo 18.3 reconoce que «el Estado se hará responsable de la eliminación de toda discriminación de la mujer y de la protección de los derechos de la mujer y del niño, tal como se estipulan en las declaraciones y convenios internacionales».

Los principales órganos de control en este contexto son la Relatoría Especial sobre los derechos de las mujeres, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos[612], creada mediante el Protocolo a la CADFH, y la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, con competencias en materia de aplicación e interpretación

[611] Establecida en 1928, la Comisión Interamericana de Mujeres fue el primer órgano intergubernamental creado para asegurar el reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres y es el único foro político hemisférico para los derechos humanos de las mujeres y la igualdad de género.

[612] La historia del Tribunal Africano se caracteriza por su lento proceso de implementación. Si la Carta Africana fue aprobada en 1981, para la redacción del Protocolo por el que se crea la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos se esperó hasta 1998, produciéndose su entrada en vigor seis años más tarde. Asimismo, hasta 2006 los magistrados no fueron elegidos y hasta 2008 la Corte no dispuso de una sede permanente en Tanzania. Va a ser en dicho año cuando le sea presentado al Tribunal su primer caso, *Michelot Yogogombaye c. la República de Senegal*, teniendo lugar su histórica primera sentencia el 15 de diciembre de 2009.

de la CAFDH. Por su parte, el Protocolo sobre los Derechos de las Mujeres en África le confiere exclusivamente a la Corte la facultad para interpretar ese tratado.

La Comisión Africana, a través de su Resolución 275, de 2014, reiteró su compromiso con los derechos humanos de las personas homosexuales, pidiendo a los Estados que pusieran remedio a los actos de violación y abuso contra esta categoría de personas, y principalmente contra las personas de sexo femenino, incluyendo a las lesbianas y a las mujeres transexuales[613]. A pesar de los esfuerzos de las instituciones, la práctica homosexual sigue siendo delito en numerosos Estados africanos[614].

III. LA PROTECCIÓN FRENTE A LA EXPULSIÓN DE LOS MENORES EXTRANJEROS EN LOS PRINCIPALES INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Considerando que el 40 por 100 de los desplazados en el mundo son niños[615], vamos a centrarnos ahora en los instrumentos internacionales que tienen por objeto su protección desde el punto de vista global, para centrarnos en aquellas herramientas que ofrecen protección en caso de expulsión cuando son extranjeros[616]. Los principales instrumentos internacionales que se centran en la protección de los derechos de los niños son:

- Convenio sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo (1973)[617].
- Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con particular referencia a la adopción y colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional (1986)[618].
- Convención sobre los Derechos del Niño (1989) y el Protocolo Facultativo relativo a un Procedimiento de Comunicaciones (2011).

[613] Véase la Resolución adoptada en su 55º periodo de sesiones, de 28 de abril a 12 de mayo de 2014, en Luanda (Angola).
[614] Recordamos que, en África, 37 de 55 Estados consideran delito la homosexualidad. Gabón ha sido en junio de 2020 el último país hasta la fecha en descriminalizar esta conducta.
[615] ACNUR, *Global Trends in Forced Displacement in 2020*, disponible en https://www.unhcr.org/flagship-reports/es/tendenciasglobales/, p. 3.
[616] Puede verse, por ejemplo, PETIT DE GABRIEL, Eulalia W., "Sobre la ceguera de la ley o la desprotección por desconocimiento: menores separados, e invisibles", en *Desafíos jurídicos en la gestión internacional y europea de los flujos migratorios: una mirada luso-española* (José Martín y Pérez de Nanclares y Daniel González Herrera, coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 89-111.
[617] Convenio 138 OIT, que no ha sido ratificado por Australia, Bangladesh, Estados Unidos de América, Irán (República Islámica del), Islas Cook, Islas Marshall, Liberia, Nueva Zelandia, Palau, Santa Lucía Somalia, Timor-Leste, Tonga y Tuvalu.
[618] Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su >Resolución 41/85, de 3 de diciembre de 1986.

- Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional (1993).
- Artículo 2.c) (sobre prohibición del trabajo infantil) de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (1998).
- Convenio sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil (1999).
- Protocolo Facultativo relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados (2000), cuyo tema central de discusión fue la participación de los menores en dichos conflictos en relación con el límite de edad[619].
- Protocolo Facultativo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía (2000).

A. Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 en relación a los menores extranjeros

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) fue adoptada por la AGNU en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, entrando en vigor el 2 de septiembre de 1990. En la actualidad, 196 Estados forman parte de ella, aunque el Protocolo Facultativo, necesario para poder presentar comunicaciones individuales frente a violaciones del Convenio por un Estado parte solo ha sido ratificado por 46 estados[620].

La necesidad de proporcionar al niño una protección especial había sido enunciada ya en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, además de ser reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10), ambos de 1966, así como en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.

A efectos de la Convención, «se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad» (artículo 1).

---

[619] Finalmente se fijó un límite de edad de 18 años, es decir: «Los Estados parte elevarán la edad mínima, para el reclutamiento voluntario de personas en sus fuerzas armadas nacionales por encima de la fijada en el párrafo 3 del artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño, teniendo en cuenta los principios formulados en dicho artículo, y reconociendo que en virtud de esa Convención los menores de 18 años tienen derecho a una protección especial». Por consiguiente, los niños que no cumplan la edad de 18 años no deben hacer pertenecer a las fuerzas armadas (véase también el artículo 3 del Protocolo Facultativo).

[620] Nos llama la atención que, por ejemplo, EEUU no sea parte de este Protocolo.

Los Estados se comprometen a velar por el interés superior del menor y a asegurar la aplicación de los derechos reconocidos en la Convención a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. Así lo consagra el artículo 2 que prohíbe la discriminación contra los niños sobre la base de un listado no exhaustivo de motivos, entre los que figura específicamente el nacimiento[621].

La expresión «interés superior del niño»[622], especialmente relevante a la hora de valorar posibles vulneraciones de los derechos del menor, se encuentra originalmente consagrada en el artículo 3, e implica que el desarrollo de este y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de estas en todos los órdenes relativos a la vida del niño[623]. Sin embargo, se observa que, a pesar de ser un principio fundamental de la Convención, la noción del interés superior del niño lamentablemente es una noción imprecisa, que lo convierte en un elemento no medible, operacional y aplicable[624]. En este sentido, el artículo 3 dispone que «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

En función de este instrumento internacional, y por cuanto al objeto de estudio se refiere, el artículo 9 establece que el niño no debe ser separado de sus padres contra la voluntad de estos y que todas las partes deben tener la oportunidad de intervenir en el procedimiento correspondiente. En el caso de una separación impuesta por el Estado –debida, por ejemplo, a la expulsión o privación de libertad de un progenitor–, las

[621] Artículo 2: «1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares».

[622] Igualmente, el art. 18.1 defiende la preocupación fundamental del interés superior del niño de los padres: «Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño».

[623] *Cfr*. Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, *op.cit*., párr.61.

[624] Así se dedujo a través del análisis del artículo 3 de la Convención, expuesto en HODGKIN, R. y NEWELL, P., *Manual de aplicación de la Convención sobre los derechos del niño para la UNICEF*, HRE/CHILD/5, 2002.

autoridades actúan en defensa de un interés protegido y deben encontrar un equilibrio justo entre el interés de las partes y la obligación de garantizar el interés superior del niño.

Añade en su artículo 10.1 que, en el caso de que haya menores, la solicitud del derecho a la reunificación familiar sea atendida de modo positivo, humanitario y expeditivo. Asimismo, el Estado parte se compromete a brindar protección y asistencia especiales en caso de niño no acompañado (art. 20). La obligación del Estado de proveer protección y asistencia especiales a niños no acompañados, de acuerdo con el artículo 20 de la Convención, «se aplica incluso con respecto a los menores que queden sometidos a la jurisdicción del Estado al tratar de penetrar en el territorio nacional»[625].

El artículo 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) reconoce el derecho a que los Estados aseguren que el niño que intente obtener el estatuto de refugiado, o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables, reciba la protección y asistencia necesaria para salvaguardar sus derechos[626]. Igualmente, de acuerdo al art. 37, se compromete el Estado parte a respetar el principio de no devolución a fin de no exponer al menor al riesgo de sufrir actos de violencia y tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Por lo tanto, es el artículo 37 de la CDN el que estipula que ningún niño será sometido a torturas u otras formas crueles, inhumanas o tratos o penas degradantes, mientras que el artículo 19 exige que los Estados parte tomen todas las medidas para proteger el niño de todas las formas de violencia física o mental, así como de otras formas de daño.

Sin embargo, no hay disposición explícita sobre las obligaciones de no devolución de los niños. El Comité ha proporcionado orientación al respecto en la Observación general n.º 6, de 2005, que prohíbe la devolución de un niño a un país donde enfrentará daños irreparables o un mayor riesgo de devolución[627].

---

[625] Observación general n.º 6 del CDN, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/GC/2005/6, 1 de septiembre de 2005, párr. 12.

[626] El cual dispone:

«1. Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes.

2. A tal efecto los Estados Partes cooperarán, en la forma que estimen apropiada, en todos los esfuerzos de las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales competentes u organizaciones no gubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas por proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia. En los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo, como se dispone en la presente Convención».

[627] Observación general n.º 6 del CDN, *op.cit.*, párr. 27.

Por su parte, el artículo 40 establece otro de los parámetros a tener en cuenta cuando sean menores extranjeros quienes infrinjan normas del país de recepción, así:

«Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad». Este precepto será especialmente importante a la hora de entender que la expulsión supone una interferencia desproporcionada en los derechos del niño ya que cortar los vínculos familiares o sociales del niño mediante la expulsión no sería el modo de lograr su reinserción[628].

Los principales organismos específicos de control de la Convención en el ámbito de la ONU son el Comité sobre los Derechos del Niño, la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (mandato de creación de 1990), y la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente las mujeres y los niños (mandato de creación de 2004).

Vamos a destacar la labor del Comité en cuanto a las observaciones generales y a las comunicaciones individuales resueltas. Respecto de las primeras, en su destacable Observación general n.º10, de 2007, sobre los derechos de los niños en la justicia para menores, el Comité de derechos del niño precisa las medidas a considerar en el ámbito de la justicia cuando sean menores los infractores, salvaguardando siempre el interés superior del menor:

«(....) que la respuesta a un delito debe siempre ser proporcionada no solo a las circunstancias y a la gravedad, pero también a la edad, a la responsabilidad atenuada, a la situación y necesidades del niño, así como a las diversas necesidades, particularmente en el transcurso del tiempo, de la sociedad. Una gestión estrictamente punitiva no se ajusta a los principios directores de la justicia de menores establecidos en el artículo 40.1 del Convenio relativo a los derechos del niño (....). En caso de delitos graves cometidos por un niño, se podrán tomar medidas proporcionadas a la situación del delincuente y a la gravedad del delito, a la luz de las consideraciones debidas a la necesidad de proteger la seguridad pública y sancionar dichos delitos. En el caso de menores, dichas consideraciones deben siempre desaparecer ante la necesidad de salvaguardar el bienestar y el interés superior del niño y de promover su reinserción»[629].

[628] Véase, por ejemplo, STEDH de 23 de junio de 2008, *Maslov c. Austria [GS]*.
[629] Observación general n.º 10 del CDN sobre los derechos de los niños en la justicia para menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 71.

El Comité ha examinado casos de riesgo de devolución sobre la base de la falta de garantías específicas para el menor en la evaluación del riesgo de un niño de sufrir mutilación genital femenina[630], condiciones de vida precarias en el estado de retorno[631], disputas familiares[632], amenaza de violencia doméstica[633], desprotección por falta de tutor y por una evaluación de edad inadecuada procedimiento[634] y obstáculos administrativos desproporcionados que impiden el acceso de un niño a los servicios ineficaces y obstaculizan el desarrollo de su identidad[635].

B. Las Comunicaciones individuales contra España sobre menores no acompañados (2017-2020)

Con respecto a la resolución de comunicaciones individuales, son especialmente numerosas aquellas contra España, principalmente por cuanto respecta a los menores extranjeros no acompañados en supuestos de expulsión[636].

A propósito de la queja de un menor no acompañado maliense, D.D, contra el Gobierno español[637], el Comité se pronunció el 1 de febrero de 2019 considerando que las obligaciones del Estado de proveer protección y asistencia especiales a niños no acompañados, de acuerdo con el artículo 20 de la Convención, «se aplican incluso con

[630] Decisión del CRC de 25 de enero de 2018, comunicación n.º 3/2016, CRC, *I.A.M. c. Dinamarca*.
[631] Decisión del CRC de 1 de febrero de 2019, comunicación n.º 4/2016, CRC, *D.D. c. España*.
[632] Decisión del CRC de 25 de septiembre de 2019, *E.P. y F.P. c. Dinamarca* y Decisión del CRC de 18 de septiembre de 2019, comunicación n.º 32/2017, *K.H., E.H. y M.H. c. Dinamarca*.
[633] Decisión del CRC de 26 de septiembre de 2019, comunicación n.º 36/2017, *A.S. c. Dinamarca*.
[634] Decisión del CRC de 18 de septiembre de 2019, comunicación n.º 17/2017, *M.T. c. España*; Decisión del CRC de 18 de septiembre de 2019, comunicación n.º 27/2017, *R.K. c. España*; Decisión del CRC de 31 de mayo de 2019, comunicación n.º 22/2017, *J.A.B. c. España*; Decisión del CRC de 28 de septiembre de 2020, comunicación n.º 28/2017, M.B. c. España.
[635] Decisión del CRC de 28 de septiembre de 2020, comunicación n.º 31/2017, *W.M.C. c. Dinamarca*.
[636] Vamos a recordar la normativa e instrumentos jurídicos básicos aplicables en España a los menores extranjeros no acompañados: la Convención de Naciones Unidas de los Derechos del Niño de 1989, la Observación general n.º 6 del CRC sobre Trato de los Menores No Acompañados y Separados de su familia fuera de su país de origen, CRC/GC/2005/6, 1 de septiembre de 2005, la LOPJM; la LOEX; la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria; las normas de Derecho internacional dictadas en persecución del delito de trata de seres humanos y protección de las víctimas de ese ilícito tráfico; el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000; el Convenio del Consejo de Europa contra la trata de seres humanos de 2005, y la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.
[637] Decisión del CRC de 1 de febrero de 2019, comunicación n.º 4/2016, *D.D. c. España*. La cuestión ante el Comité consiste en determinar si, en las circunstancias del presente caso, la devolución del autor por la Guardia Civil española a Marruecos el 2 de diciembre de 2014 violó sus derechos reconocidos en la Convención. En particular, el autor alegó que, al deportar sumariamente al autor a Marruecos el 2 de diciembre de 2014, sin ningún tipo de proceso de identificación y evaluación de su situación, el Estado parte: a) no brindó al autor protección y asistencia especiales en su condición de niño no acompañado (artículo 20); b) no respetó el principio de no devolución y expuso al autor a correr el riesgo de sufrir actos de violencia y tratos crueles, inhumanos y degradantes en Marruecos (artículo 37) y; c) no consideró el interés superior del niño (artículo 3).

respecto a los menores que queden sometidos a la jurisdicción del Estado al tratar de penetrar en el territorio nacional»[638]. Del mismo modo, el Comité considera que «el aspecto positivo de estos deberes de protección incluye también que los Estados han de tomar todas las disposiciones necesarias para identificar a los menores en situación de no acompañados lo antes posible, particularmente en la frontera»[639]. Por todo ello, entiende el Comité:

«Es imperativo que, para cumplir con sus obligaciones bajo el artículo 20 de la Convención y para respetar el interés superior del niño, el Estado conduzca un proceso de evaluación inicial, previo a cualquier traslado o devolución, que comprenda las siguientes etapas:

a) la determinación, con carácter prioritario, de la condición de menor no acompañado de la persona en cuestión y, en caso de incertidumbre, se otorgue al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de un menor, se lo trate como tal;
b) la identificación del menor tras una entrevista inicial y
c) el entendimiento de la situación concreta del menor y la evaluación de aspectos particulares de vulnerabilidad si los hubiere. El Comité considera que, a la luz de las circunstancias del caso, el no haber sometido al autor, en su condición de niño no acompañado, a un proceso de identificación y evaluación de su situación previo a su deportación, y no haberle dado oportunidad de presentar objeciones a su eventual deportación, viola sus derechos contemplados en los artículos 3 y 20 de la Convención» (aptdo. 14.3).

Para finalizar:

«El Comité considera que la forma en que se llevó a cabo la deportación del autor, en su condición de niño no acompañado privado de su medio familiar, en un contexto de migración internacional, habiendo sido detenido y esposado, sin haber sido escuchado, recibido asistencia legal o de un intérprete o tenido en cuenta sus necesidades, constituye tratos prohibidos por el artículo 37 de la Convención» (aptdo. 14.8).

Igualmente, vamos a citar el dictamen del Comité en el caso *M.A.B. c. España*, de 7 de febrero de 2020[640], en el que se consideró que nuestro país había vulnerado varios preceptos de la Convención. El caso parte de junio de 2017, cuando la Policía Nacional española interceptó en Motril una patera en la que viajaba el autor intentando acceder ilegalmente a España, acordando su devolución al país de origen. El autor, que se encontraba indocumentado, manifestó ser menor de edad ante la Policía, sin que esta tomara en cuenta dicha afirmación. Cabe recordar que en su Observación general n.º 6, el

[638] Observación general n.º 6 del CRC, *op.cit*., párr. 12.
[639] *Ibid*., párr. 13.
[640] Dictamen del CRC de 7 de febrero de 2020, comunicación n.º 34/2017, *M.A.B c. España*.

Comité afirmó que no solo debe tenerse en cuenta el aspecto físico del individuo sino también su maduración psicológica, y la evaluación debe basarse en criterios científicos, seguridad e imparcialidad, atendiendo al interés del menor y a consideraciones de género, y en caso de incertidumbre, otorgando al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de un menor, se lo trate como tal[641].

Pese a ello, el Juzgado de Instrucción correspondiente ordenó entonces su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros por un período máximo de 60 días, mientras se tramitaba la ejecución del acuerdo de devolución. Aunque se solicitó la realización de pruebas médicas de determinación de la edad, nunca le hicieron llegar los resultados. Tal y como se ha puesto de manifiesto en varias ocasiones, la negación a la realización de dichas pruebas no es circunstancia suficiente como para presumir su mayoría de edad[642]. El autor se puso en contacto con abogados del centro de internamiento de extranjeros, quienes solicitaron información sobre dichas pruebas, e hicieron llegar una copia de su certificado de nacimiento al Juzgado de Instrucción para probar su minoría de edad, cuya veracidad no se comprobó, dándolo directamente por no auténtico. A este respecto, el Comité ya señaló en *J.A.B. c. España* que los documentos de identidad deben considerarse auténticos salvo que se pruebe lo contrario[643].

El Comité recuerda, en primer término, la obligación de los Estados parte de designar a un representante legal cualificado y un intérprete en caso de necesidad, para todas las personas jóvenes que alegan ser menores de edad, tan pronto como sea posible y a título gratuito, ya que constituye una garantía esencial para el respeto del interés superior del menor y para asegurar su derecho a ser escuchado[644]. No hacerlo conlleva una violación de la Convención, porque el procedimiento de determinación de la edad es el punto de entrada para la aplicación de la misma.

El Comité dictaminó finalmente que los hechos vulneraban los artículos 3, 8 y 12[645] de la Convención y del artículo 6 del Protocolo Facultativo. Como consecuencia, el

[641] Observación general n.º 6 del CRC, *op.cit*., párr. 31 (i).
[642] Decisión del CRC de 31 de mayo de 2019, comunicación 22/2017, *J.A.B. c. España*, párr. 13.4: «(…) no se debe declarar la mayoría de edad exclusivamente con base en la negativa de la persona de someterse a pruebas médicas».
[643] Observación general conjunta n.º 4 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y n.º 23 del CRC, adoptadas de manera conjunta, sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, CMW/C/GC/4−CRC/C/GC/23, 16 de noviembre de 2017, párr. 4.
[644]Decisión del CRC de 31 de mayo de 2019, comunicación 16/2017, *A. L. c. España*, párr. 12.8. y Decisión del CRC de 31 de mayo de 2019, comunicación 22/2017, *J.A.B. c. España*, párr. 13.7.
[645] Artículo 3.1: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

Estado español debía proporcionar al autor una reparación efectiva por las violaciones sufridas, incluida la oportunidad de regularizar su situación administrativa en el Estado parte, así como la obligación de evitar que se cometan violaciones similares en el futuro.

A raíz de este caso, se ha establecido como obligatorio para la totalidad de los Estados:

«Garantizar que todo proceso de determinación de la edad de jóvenes que afirman ser niños o niñas sea acorde con la Convención y, en particular, que en el curso de dichos procesos:

i) los documentos presentados por dichos jóvenes sean tomados en consideración, y en el caso de que los documentos hayan sido emitidos o confirmados por los Estados que emitieron los documentos o por las embajadas, sean aceptados como auténticos; y

ii) a estos jóvenes se les asigne sin demora un representante legal cualificado de forma gratuita»[646].

Igualmente, se determinó el desarrollo de un mecanismo de reparación efectivo y accesible para los migrantes no acompañados que afirman ser menores de 18 años para que puedan solicitar una revisión de los decretos o decisiones que establezcan la mayoría de edad por parte de las autoridades en aquellas situaciones donde la determinación de su edad se realizó sin las garantías necesarias para proteger el interés superior del niño y su derecho a ser escuchado.

Además, el comité ha realizado una Recomendación dirigida específicamente a España[647] donde, teniendo en cuenta su Observación general n.º 6 (2005)[648] sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, y sus Observaciones generales n.º 22 (2017) y n.º 23 (2017), y recordando sus Recomendaciones anteriores[649], el Comité insta al Estado parte a revisar la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores

---

Artículo 8.1: «Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas».

Artículo 12.1: «Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño».

[646] Dictamen del CRC de 4 de febrero de 2021, comunicación n.º 76/2019, *R.Y.S. c. España*, aptdo. 9.a).

[647] Véase CRC, *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España*, CRC/C/ESP/CO/5-6, 5 de marzo de 2018, párr. 45.

[648] Las Observaciones generales n.º 6 y n.º 14 del CRC, adoptadas respectivamente el 1 de septiembre de 2005 y el 1 de febrero de 2013, ponen «de manifiesto la situación particularmente vulnerable de los menores no acompañados» y establecen que «el concepto de interés superior del menor es complejo y su contenido se debe determinar caso por caso».

[649] Véase CRC, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención*, 3 de noviembre de 2010, CRC/C/ESP/CO/3-4, párr. 60.

extranjeros no acompañados[650] de modo que se ajusten a las disposiciones de la Convención.

En general, y parafraseando a Horcas, la aplicación limitada de los principios y derechos de los menores «no acompañados» y la falta de concreción jurídica a la hora de respetar estos enunciados por parte de los Estados de la UE, ha provocado interpretaciones parciales que han originado situaciones de desprotección, maltrato institucional y vulneración de derechos a los menores que migran de manera independiente[651].

Recomendaciones del Comité a los Estados parte sobre los menores extranjeros no acompañados

a) Asegurar en todo su territorio la protección jurídica efectiva de los niños no acompañados y velar por que se aplique el principio de no devolución y se tenga en cuenta el interés superior del niño como consideración primordial, e impartir a los profesionales pertinentes formación y orientación adicionales sobre la de terminación del interés superior del niño;

b) Elaborar un protocolo uniforme sobre los métodos de determinación de la edad para todo el territorio del Estado parte, que tenga un carácter multidisciplinario y sea respetuoso con los derechos humanos y se utilice únicamente en casos de graves dudas acerca de la edad comunicada y considerando las pruebas documentales u otros tipos de pruebas disponibles;

c) Establecer centros de recepción para niños que estén adaptados a las necesidades de estos y cuenten con mecanismos de denuncia accesibles y efectivos, e investigar a fondo todos los casos de vulneraciones de los derechos de los niños;

d) Poner fin a la práctica de la devolución automática de algunos niños, velando por que todos los procedimientos y criterios sean acordes con su condición de niños y con la legislación nacional e internacional;

e) Mejorar la reunión y el intercambio de información para asegurar el envío a los servicios de protección de la infancia de los niños no acompañados, los niños que son víctimas de la trata de personas y los niños solicitantes de protección internacional;

[650] Véase la Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros no Acompañados.

[651] Véase en general, HORCAS LÓPEZ, V., k. *Entre el control y la protección. Los dispositivos de atención de los menores migrantes no acompañados (MMNA) en el País Valencià*, Universidad de Valencia, Valencia, 2016.

f) Fortalecer la cooperación con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en la aplicación de esas recomendaciones.

La expulsión de los menores acompañados

Continuando con la expulsión de menores extranjeros, pero acompañados en este caso, vamos a citar el supuesto de *I.A.M (actuando en nombre de K. Y. M.) c. Dinamarca*, en el que la denunciante, de origen somalí y su hija, solicitan asilo ya que la madre temía ser asesinada por su familia al haberse casado en secreto contra la voluntad familiar, alegando que su hija corre peligro de ser sometida a mutilación genital femenina de ser devuelta a Somalia[652]. La solicitud es rechazada por Dinamarca, por lo que la denunciante sostiene que el Estado parte no tuvo en cuenta el interés superior de la niña en contravención de los artículos 3 (protección del Estado) y 19 (adopción de todas las medidas necesarias para su protección) de la Convención.

En su respuesta, el Comité recuerda, de nuevo, su Observación general n.º 6, en la que establece que:

«Los Estados no devolverán a un niño a un país en el que haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable para el niño en los procedimientos nacionales aplicables para la concesión de la condición de refugiado. Los Estados deben prestar la máxima atención a estas manifestaciones de persecución específicamente infantil, así como a la violencia de género»[653].

En la Recomendación general n.º 31 del CEDAW y la Observación general n.º 18 del CDN, adoptadas de manera conjunta, los Comités observaron que la mutilación genital femenina puede tener diversas consecuencias inmediatas o a largo plazo para la salud[654]. Recomendaron que la legislación y las políticas relativas a la inmigración y el asilo debían reconocer el riesgo de verse sometido a prácticas nocivas o perseguido a consecuencia de esas prácticas como un motivo para la concesión de asilo, por lo que debe considerarse también la posibilidad de ofrecer protección a un familiar que acompañe a la niña o la mujer.

[652] Dictamen del CRC de 25 de enero de 2018, comunicación n.º 3/2016, *K.Y.M c. Dinamarca*.
[653] Véase la Observación general n.º 6 del CRC, *op.cit*., párr. 74.
[654] Véanse la Recomendación general n.º 31 del CEDAW y la Observación general n.º 18 (2014) del CRC sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta, CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18, 14 de noviembre de 2014, párr. 19.

Finalmente, en el caso referido, el Comité consideró que el Estado parte no tuvo en cuenta el interés superior del niño al evaluar el supuesto riesgo al que se exponía la hija de ser sometida a la mutilación genital femenina en caso de ser expulsada a Somalia, ni adoptó las salvaguardias debidas para garantizar el bienestar de la niña a su regreso, lo que supone una violación de los artículos 3 y 19 de la Convención.

Probablemente merecería un estudio especial otra situación de menores que llegan acompañados y son separados, como la situación de miles de menores que son distanciados de sus padres en la frontera con EEUU[655]. Sin embargo, no es posible encontrar ningún caso de denuncia contra este país por la sencilla razón de que no ha ratificado el Protocolo Facultativo y, por tanto, no existe, de momento, la posibilidad de que el Comité se pronuncie sobre ningún caso en concreto de violación de la Convención sobre los derechos del niño. Para encontrar alguna reprobación por parte de algún texto internacional será necesario acudir al ámbito regional, donde lo referiremos.

C. La protección de los menores extranjeros desde los instrumentos de ámbito regional

1. Ámbito regional europeo

Comenzando en el ámbito regional europeo, de nuevo hemos de remitirnos al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 que, aunque no contiene una definición de niño, sí resulta el refugio al que acudir para la protección de los derechos humanos en general. Así, en su artículo 1 el CEDH obliga a los Estados a garantizar los derechos del Convenio a «toda persona» que se encuentre dentro de su jurisdicción. De igual modo, el artículo 14 del CEDH garantiza el disfrute de los derechos establecidos en el Convenio «sin distinción alguna», incluso por razones de edad.

Las únicas referencias expresas a los niños en el Convenio las encontramos en el artículo 5, apartado 1, letra d), que prevé la privación de libertad de un niño en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación; el artículo 6, apartado 1, que restringe el derecho a un juicio justo y público cuando el interés del niño así lo exija y en el artículo 2 del Protocolo n.º 1, que establece el derecho a la educación y obliga a los Estados parte a respetar las convicciones religiosas y filosóficas de los padres en la educación de sus hijos.

[655] Ver, por ejemplo, González Martín, N., "Birthright citizenship: reflexiones en torno a familias, menores y la nacionalidad por derecho de nacimiento en los Estados Unidos de América", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol.21, 2021, pp. 625-664.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha admitido demandas interpuestas por niños o en representación de estos, independientemente de su edad[656]. Cabe señalar, por otro lado, que, en su jurisprudencia, el TEDH ha aceptado la definición de «niño» a la que nos hemos referido previamente, adoptando el concepto de «menor de 18 años de edad»[657].

Uno de los preceptos en los que se ha basado el TEDH en sus respuestas frente a vulneraciones frente a menores ha sido el artículo 8 sobre el ámbito de la protección de la vida privada y familiar, que enunciamos a continuación:

«1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta 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»[658].

Este precepto ha servido de base para proteger a menores extranjeros en cuanto al objeto de estudio de este trabajo; esto es, frente a los supuestos de expulsión, donde el TEDH ha ponderado especialmente el interés superior del menor, pero no de manera absoluta, sino proporcionalmente y ponderando también el interés del Estado de acogida. Señala, asimismo, que esta obligación se recoge en distintos instrumentos jurídicos, como en el Derecho comunitario, que ofrece a los menores una especial protección contra la expulsión[659], además de la obligación de considerar el interés superior del menor que se recoge, tal y como hemos expuesto, en el artículo 3 del Convenio de la ONU de los derechos del niño.

Así se manifestó en el asunto *Üner c. Países Bajos*, de 2006, en el que el Tribunal examinaba la situación de los niños como parte de la familia de la persona que debía ser expulsada[660]. Señaló entonces que el interés superior y bienestar de los hijos del demandante, en particular, las dificultades que pudieran encontrarse esos niños en el país

[656] Véase, por ejemplo, la STEDH de 13 de junio de 1979, *Marckx c. Bélgica*, donde el demandante tenía seis años de edad cuando el Tribunal dictó sentencia.
[657] Véanse la STEDH de 20 de enero de 2009, *Güveç c. Turquía* y la STEDH de 9 de octubre de 2012, *Çoşelav c. Turquía*.
[658] Interpretado extensamente por el TEDH, en pronunciamientos como los siguientes: STEDH de 28 de noviembre de 1996, *Ahmut c. Países Bajos*, págs. 63 y 67; STEDH de 28 de mayo de 1985, *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*; STEDH de 1 de diciembre de 2005, *Tuquabo-Tekle c. Países Bajos*; STEDH de 31 de julio 2008, *Darren Omoregie y otros c. Noruega*, párr. 57; STEDH de 31 de enero de 2006, *Rodrigues da Silva et Hoojkamer c. Países Bajos*; STEDH de 25 de marzo de 2014, *Biao c. Dinamarca*, págs. 76-102.
[659] Apartado 41 *supra* y artículo 28.3.b) de la Directiva 2004/38/CE)
[660] STEDH de 18 de octubre de 2006, *Üner c. los Países Bajos*, págs. 57-58.

al que debía ser expulsado el padre, constituían un criterio de valoración de una medida de expulsión.

Pero también se valora el interés del Estado de preservar la seguridad y el orden público, por cuanto la medida adoptada ha de ser proporcionada a un fin legítimo[661], como en el caso de que la persona que haya de ser expulsada sea menor y haya cometido un delito. El Tribunal ha estimado entonces que la obligación de tener en cuenta el interés superior del menor debe aplicarse igualmente, especialmente en el supuesto de delitos no violentos, como hizo en el caso de 2008 *Maslov c. Austria*[662].

Incluso, en caso de delitos violentos, en lo que respecta la expulsión de un delincuente juvenil, el Tribunal ha entendido que la obligación de considerar el interés superior del menor exige también su reinserción. En este sentido, ha manifestado que "el artículo 40 del Convenio de los Derechos del Niño hace de la reinserción un objetivo de la justicia de menores. En opinión del Tribunal, esta finalidad no puede lograrse si los vínculos familiares y sociales se rompen con la expulsión, debiendo quedar como medida de último recurso en caso de delincuentes juveniles".

El Tribunal ha considerado también que la expulsión de un inmigrante de larga duración debido a los delitos cometidos siendo menor de edad, la mayor parte de ellos no violentos, no tiene justificación[663]. Para defender este argumento, se remite a la Recomendación 1504 (2001), *Sobre la no expulsión de los inmigrantes de larga duración*, en la que la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa recomendaba que el Comité de Ministros invitara a los Estados miembros, entre otras cosas, a garantizar que los inmigrantes de larga duración nacidos o educados en el país de acogida no puedan en ningún caso ser expulsados. Aunque algunos Estados miembros han adaptado sus leyes o reglamentos previendo que los inmigrantes de larga duración nacidos en su territorio o llegados a una edad muy temprana no podrán ser expulsados sobre la base de sus antecedentes judiciales, no puede derivarse un derecho absoluto a la no expulsión del artículo 8 del Convenio, cuyo apartado 2 estaría autorizando claramente las excepciones a los derechos generales garantizados en el apartado 1.

---

[661] Véanse la STEDH de 19 de febrero de 1998, *Dalia c. Francia*, párr. 52; STEDH de 26 de septiembre de 1997, *Mehemi c. Francia*, párr. 34; STEDH de 2 de agosto de 2001, *Boultif c. Suiza*, párr. 46 y STEDH de 9 de octubre de 2003, *Slivenko c. Letonia*, párr. 133.

[662] Véase la STEDH de 23 de junio de 2008, *Maslov c. Austria*, págs. 82-84.

[663] Véase, por ejemplo STEDH de 18 de febrero de 1991, *Moustaquim c. Bélgica*, párr. 44, en relación con un demandante condenado por delitos cometidos durante la adolescencia, fundamentalmente por robo con agravante, de extorsión y uno de destrucción de vehículo, dos cargos por agresiones y uno de amenazas, y la STEDH de 6 de febrero de 200,3 *Jakupovc c. Austria*, párr. 27, asunto en el que la prohibición de residir estuvo justificada por dos condenas por robo cometidos por el demandante siendo menor de edad y, en el cual, el interesado seguía siendo menor en el momento de la expulsión.

Pero, incluso aunque, en esas condiciones, el artículo 8 del Convenio no confiere a ninguna categoría de extranjeros un derecho absoluto a la no expulsión, la jurisprudencia del Tribunal ha demostrado ampliamente que existen circunstancias en las cuales la expulsión de un extranjero conllevaría la violación de esta disposición y por tanto sí protegería al menor, citando a modo de ejemplos, las importantes sentencias de 1991, *Moustaquim c. Bélgica*[664]; de 1992, *Beldjoudi c. Francia*[665]; de 2001, *Boultif c. Suiza*[666]; de 2002, *Amrollahi c. Dinamarca*[667]; de 2003, *Yilmaz contra Alemania*[668] y de 2005, *Keles c. Alemania*[669]. En concreto, en el asunto *Boultif*, de 2001, el Tribunal enumera los criterios que deben ser utilizados para valorar si una medida de expulsión se considera necesaria en una sociedad democrática y proporcionada al fin legítimo perseguido. Nos referimos a lo que se conoce como el justo equilibrio entre los intereses en conflicto, a saber, de un lado, los derechos del interesado protegidos por el Convenio y, por otro, los intereses de la sociedad[670]. Estos criterios son los siguientes:

- la naturaleza y gravedad del delito cometido por el demandante[671];
- la duración de la estancia del interesado en el país del que va a ser expulsado[672];
- el período de tiempo que ha transcurrido desde el momento de la comisión del delito y la conducta del demandante durante este período;
- la nacionalidad de las distintas personas afectadas;
- la situación familiar del demandante y, sobre todo, llegado el caso, la duración de su matrimonio y otros factores que atestigüen la efectividad de una vida familiar en el seno de la pareja;

[664] STEDH de 18 de febrero de 1991, *Moustaquim c. Bélgica*.
[665] STEDH de 26 de marzo de 1992, *Beldjoudi c. Francia*.
[666] STEDH de 2 de agosto de 2001, *Boultif c. Suiza*.
[667] STEDH de 11 julio 2002, *Amrollahi c. Dinamarca*.
[668] STEDH de 17 de abril de 2003, *Yilmaz c. Alemania.*
[669] STEDH de 27 de octubre de 2005, *Keles c. Alemania.*
[670] STEDH de 23 de junio de 2008, *Maslov c. Austria*, párr. 76. Este margen de apreciación va de la mano de un control europeo de la ley y las sentencias que la aplican, incluso cuando emanan de un tribunal independiente (véase, *mutandis mutandi*, STEDH de 16 de abril de 2002, *Societé Colas Est y otros c. Francia*, núm.37971/97, párr. 47). El Tribunal tiene competencia para dictaminar en último lugar sobre si la medida de expulsión se concilia con el artículo 8.
[671] Para valorar la naturaleza y gravedad del delito cometido por el demandante, habría que examinar si lo ha llevado a cabo cuando era un adolescente o en la edad adulta (véase, por ejemplo, STEDH de 18 de febrero de 1991, *Moustaquim c. Bélgica*, párr. 35).
[672] Los «criterios Boultif» se aplican con más fuerza en los casos en los que los demandantes han nacido en el país de acogida o llegaron a él a una edad muy temprana (STEDH de 15 de julio de 2003, *Mokrani c. Francia*, párr. 31). «En efecto, el motivo subyacente en la decisión de hacer de la duración de la estancia de una persona en el país de acogida uno de los motivos a tener en consideración reside en la suposición de que cuanto más tiempo lleva residiendo una persona en un país concreto, más fuertes son los vínculos con ese país y más débiles con su país de origen. A la luz de estas consideraciones, es evidente que el tribunal tendrá en cuenta la situación concreta de los extranjeros que han pasado la mayor parte, sino la totalidad, de su infancia, hayan crecido y hayan recibido educación en el país de acogida».

- la cuestión de si el entorno tenía conocimiento del delito en la época de la creación de la relación familiar;
- la cuestión de si hay niños en el matrimonio y, en ese caso, su edad;
- la gravedad de las dificultades que el grupo familiar se encuentre en el país al que el demandante debe ser expulsado[673].

Respecto a la gravedad del delito cometido, el Tribunal ha precisado que la comisión de delitos violentos puede justificar una expulsión, aun cuando hayan sido cometidos por un menor[674], como señaló, por ejemplo, en el asunto de 1997, *Boulchelkia c. Francia*[675]. En este caso, el Tribunal no consideró que la orden de expulsión violase el artículo 8 tras su condena por robo con violencia cometido a los diecisiete años, al igual que tampoco halló vulneración de este precepto en las decisiones de 2007, *Hizir Kilic c. Dinamarca* y *Ferhat Kilic c. Dinamarca*, donde el Tribunal declaró inadmisibles las demandas contra las órdenes de expulsión dictadas contra los recurrentes tras sus condenas por intento de robo, agresiones graves y homicidio involuntario cometidos con dieciséis y diecisiete años respectivamente[676]. Igualmente, en el caso de *Külekci c. Austria* de 2017, tampoco se encontró desproporcionada la medida de expulsión por la naturaleza de los delitos, estando además contemplada la medida en las legislaciones internas de todos los supuestos citados[677].

Caso distinto fue el ya referenciado asunto de 2008, *Maslov c. Austria*, en el que la Sala tuvo en consideración que el demandante, un menor búlgaro, había residido en Austria desde los 6 años con su familia, hablaba alemán y había sido escolarizado en Austria. Los delitos que había cometido, aunque de cierta gravedad, eran ejemplos típicos de delincuencia juvenil y, salvo una excepción, no conllevaron actos de violencia ni afectaban al tráfico de drogas. Por tanto, las claves fueron aquí la edad del demandante cuando se cometieron los delitos y el carácter no violento de la mayoría de los mismos. Además, la Sala señaló la importancia de la buena conducta mostrada por el demandante tras su liberación en mayo de 2002 hasta su expulsión en diciembre de 2003, la solidez

[673] En el asunto *Üner*, el Tribunal fue llamado a examinar la situación de los niños como parte de la familia de la persona que debía ser expulsada. Señaló que el interés superior y bienestar de los hijos del demandante, en particular las dificultades que pudieran encontrarse esos niños en el país al que debía ser expulsado el padre, constituían un criterio de valoración de la necesidad, en una sociedad democrática, de una medida de expulsión.

[674] Cuando, como en este caso, la persona a expulsar es un adulto joven que no ha fundado todavía su propia familia, los criterios son los siguientes:
- la naturaleza y gravedad del delito cometido por el demandante;
- la duración de la estancia del interesado en el país del que va a ser expulsado;
- el tiempo transcurrido desde la comisión del delito y la conducta del demandante durante este período;
- la solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares con el país de acogida y con el país de destino.

[675] Véase la STEDH de 22 de enero de 1997, *Bouchelkia c. Francia*.

[676] Véanse las Decisiones sobre la admisibilidad del TEDH de 22 de enero de 2007, *Hizir Kilic c. Dinamarca* y *Ferhat Kilic c. Dinamarca*.

[677] STEDH de 1 de junio de 2017, *Külekci c. Austria.*

de los vínculos sociales, culturales y familiares en Austria y la ausencia de vínculos en Bulgaria, su país natal. A la vista de estos datos, estimó que la prohibición de residir durante 10 años, aunque limitada en el tiempo, era desproporcionada en relación a los fines legítimos perseguidos. Por lo tanto, dictaminó que, en este supuesto, la expulsión constituía la vulneración del artículo 8 del Convenio[678].

En todo caso, las conclusiones extraíbles de los pronunciamientos del TEDH van dirigidas a que la naturaleza y la gravedad de la infracción cometida por el extranjero sea solo uno de los criterios que deben ser ponderados por las autoridades nacionales al valorar la necesidad de una orden de expulsión con respecto a los derechos protegidos por el artículo 8 del Convenio[679]. Ya que ha de examinarse también la duración de la estancia del demandante en el país del que va a ser expulsado y la solidez de sus vínculos sociales, culturales y familiares con el país de acogida, si la situación no ha cambiado, si la persona en cuestión ha llegado a este país en su infancia o juventud, si ha nacido en él o si ha llegado siendo adulto. Estos parámetros aparecen igualmente recogidos en varios instrumentos del Consejo de Europa, en concreto, en las Recomendaciones Rec (2000)15 y Rec (2002)4 del Comité de Ministros[680].

Además, tratándose de un inmigrante de larga duración que ha pasado legalmente la mayor parte, casi la totalidad de su infancia y juventud, en el país de acogida, hay que presentar razones muy sólidas para justificar la expulsión, sobre todo cuando la persona afectada ha cometido los delitos que están en el origen de la medida de expulsión durante su adolescencia[681].

Por otro lado, si bien queda patente por lo expuesto hasta ahora que mediante el artículo 8 del CEDH se establece un límite, no absoluto, a la expulsión de los menores extranjeros, en el caso de mantener lazos familiares con el país de acogida, sin embargo, no se menciona de forma expresa el derecho a la reagrupación familiar. Por su parte, la Recomendación Rec (2002)4 del Comité de Ministros, *Sobre el estatus jurídico de las personas admitidas por reagrupación familiar*, aprobada el 26 de marzo de 2002, precisa que cuando está en juego una medida como la retirada o la no renovación de un permiso de residencia o la expulsión de un miembro de la familia:

«(...) los Estados miembros deberán tener en consideración criterios tales como el lugar de nacimiento, la edad cuando llegó al país, la duración de la residencia, sus relaciones familiares,

[678] STEDH de 23 de junio de 2008, *Maslov c. Austria*, párr. 49.
[679] STEDH de 18 de diciembre de 2018, *Saber y Boughassal c. España*, párr. 48.
[680] Véanse la Recomendación Rec (2000)15 del Consejo de Europa, sobre la seguridad de la residencia de los migrantes de larga duración, de 13 de septiembre de 2000, y la Recomendación del Consejo de Europa Rec (2002) 4, sobre el estatuto jurídico de las personas admitidas para la reagrupación familiar, de 26 de marzo de 2002.
[681] STEDH de 23 de junio de 2008, *Maslov c. Austria*, párr. 75.

la existencia de una familia en el país de origen, así como la fortaleza de sus relaciones sociales y culturales con el país de origen. El interés y el bienestar de los niños merecen una consideración especial».

Aunque no se reconoce expresamente el derecho como tal, sí se acepta de hecho, y de nuevo, será la jurisprudencia del TEDH la que va a perfilar este «derecho», teniendo en cuenta, en todo caso, que la decisión de expulsión debe ser proporcional y valorar el interés superior del menor[682], lo cual, no siempre va unido a la unión familiar, precisando ponderar intereses generales y particulares. Observamos, al mismo tiempo que en sus últimos pronunciamientos se detecta una evolución más partidaria hacia la concesión del derecho a la reagrupación familiar, en detrimento del poder soberano que asiste a los Estados en materia de expulsión.

Sin embargo, es preciso puntualizar también que el Tribunal ya no analiza solo la reagrupación familiar como el único medio para asegurar la vida familiar en la sociedad de acogida, sino principalmente el criterio de la proporcionalidad, en general, y el interés superior del menor, en particular, sin vincular este necesariamente a la familia. Así, en el asunto *Mubilanzila Mayeka y Kanini Mitunga c. Bélgica*, de 2006, el TEDH alude a que el derecho a la reagrupación familiar no es la única solución compatible con el interés del menor, ya que cuando los propios familiares obliguen o inciten a emigrar a los miembros de la familia menores o en supuestos de menores desplazados que emigran solos buscando mejores oportunidades de vida, una expulsión que suponga reunificarlos con sus familiares en el país de origen podría poner en peligro su derecho a la integridad física[683]. Lo que puede producirse, por ejemplo, cuando las circunstancias de sus países de origen comportan crudeza e inestabilidad manifiesta, como puede ser el caso de las dictaduras políticas, las pandemias o las persecuciones étnicas o ideológicas[684].

La citada Recomendación REC (2000) 15 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la seguridad de la residencia de los migrantes de larga duración, establece una serie de garantías en relación a la protección contra la expulsión a través de las siguientes reglas:

---

[682] Véase, por ejemplo, los siguientes pronunciamientos del TEDH: STEDH de 26 de junio y 26 de octubre de 1996, *Nsona c. Holanda*; STEDH de 9 de junio de 1998, *Bronda c. Italia*; STEDH de 16 de noviembre de 1999, *E. P. c. Italia*; STEDH de 18 de junio de 2002, *Samy c. Holanda*; STEDH de 7 de octubre de 1998, *D. c. Reino Unido* y *BB. c. Francia*; STEDH de 19 de septiembre de 2000, *Benjamin Gnahoré c. Francia*; STEDH de 2 de agosto de 2001, *Boultif c. Suiza*; STEDH de 21 de diciembre de 2001, *Sen c. Holanda*; STEDH de 1 de diciembre de 2005, *Tuquabo-Tekle y otros c. Holanda*; STEDH de 12 de octubre de 2006, *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*; STEDH de 23 de junio de 2008, *Maslov c. Austria*; STEDH de 28 de febrero de 2008, *Saadi c. Italia*.

[683] Véase STEDH de 12 de octubre de 2006, *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*.

[684] GUTIÉRREZ NOGALES, S.D., «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reagrupación familiar de los menores y el interés superior del menor», *ReDCE*, núm. 26, julio-diciembre de 2016, aptdo. 3.

«a) cualquier decisión de expulsión de un inmigrante de larga duración debería tener en cuenta, de acuerdo con el principio de proporcionalidad y a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los siguientes criterios:

- el comportamiento personal del interesado;
- la duración de la estancia;
- las consecuencias tanto para el inmigrante como para su familia;
- los vínculos existentes entre el inmigrante y su familia y el país de origen

b) en aplicación del principio de proporcionalidad establecido en el apartado 4 a), los Estados miembros deberán tener en consideración la duración y el tipo de residencia, así como la gravedad del delito cometido por el inmigrante de larga duración. Los Estados miembros deberán sobre todo prever que un inmigrante de larga duración no debería ser expulsado:

- después de cinco años de residencia, salvo que haya sido condenado por un delito penal a una pena que sobrepase dos años de prisión sin suspensión;
- después de diez años de residencia, salvo que haya sido condenado por un delito penal a una pena que sobre pase cinco años de prisión sin suspensión;
- Después de veinte años de residencia, un inmigrante de larga duración no debería poder ser expulsado.

c) Los inmigrantes de larga duración, que hayan nacido en el territorio de un Estado miembro o que hayan sido admitidos antes de los diez años de edad y que residan de manera legal y habitual, no deberían poder ser expulsados al alcanzar los dieciocho años.

d) En todos los casos, cada Estado miembro debería poder prever, en su legislación interna, la posibilidad de expulsar a un inmigrante de larga duración, si este constituye una amenaza grave para la seguridad pública o la seguridad del Estado».

De todas ellas, dejamos para el final la más garantista, que afirma que «los inmigrantes de larga duración menores no podrán ser objeto, en principio, de una medida de expulsión».

Continuando en el ámbito del Consejo de Europa, destacamos los siguientes documentos de la Asamblea Parlamentaria: a) Resolución 1810 (2011) de 15 de abril de 2011, *Menores migrantes indocumentados en situación irregular: Un motivo real de preocupación*; b) Recomendación 1985 (2011) de 7 de octubre de 2011, *La prolongada llegada de migrantes irregulares, solicitantes de asilo y refugio a las orillas de Europa del Sur*; c) Recomendación 1969 (2011) de 15 de abril de 2011, *Menores no acompañados en Europa: Problemas relativos a la llegada, estancia y retorno*; d) Recomendación 1703 (2005) de 28 de abril de 2005, *Protección y asistencia para menores solicitantes de asilo*;

e) Recomendación 1596 (2003) de 31 de enero de 2003, *La situación de los jóvenes migrantes en Europa*.

La Resolución 1810 (2011) aborda cuestiones relacionadas con la llegada, estancia y retorno de los menores no acompañados (MENA) en Europa. Ofrece derechos y garantías a estos migrantes, entre los que se encuentran el respeto por el menor de edad, la primacía del interés superior del menor, la prohibición de devolución, el acceso a los procedimientos de asilo, la prohibición de la retención de los niños migrantes, soluciones duraderas y la reunificación. Este último hace hincapié en que el carácter humanitario debe prevalecer en el tratamiento de los MENA. Con este fin, se establece que los Estados deben prestar más atención a la protección de los MENA en el control de la inmigración. Esta protección debe ser mayor cuando la estancia del menor se prolonga o es víctima de abandono, explotación, tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

La Resolución 1895 (2011) de la Asamblea Parlamentaria señala la necesidad de establecer y reforzar los instrumentos para que se lleve a cabo una protección efectiva de estos derechos, proponiendo la elaboración de un documento base o una guía de buenas prácticas en relación con las condiciones de detención de los menores.

La Recomendación 1969 (2011) de la Asamblea Parlamentaria advierte de la necesidad de elaborar una guía de principios y directrices en la materia, iniciativa que fue paralizada por el Comité de Ministros, esto es, por los gobiernos de los Estados de la UE.

Igualmente encontramos normativa aplicable a los menores en otras materias que pueden ser de interés en la protección frente a la expulsión de los menores extranjeros, como en el Convenio del Consejo de Europa contra la Trata de Seres Humanos de 2005, en concreto, con respecto a las dudas que puedan surgir sobre la minoría de edad de la víctima, donde el artículo 10.3 establece que:

«En caso de que no exista seguridad sobre la edad de la víctima y cuando existan razones para creer que se trata de un niño, tendrá la consideración de tal y se le concederán medidas de protección específicas a la espera de que se pueda comprobar su edad».

Además, «los niños víctimas no serán repatriados a un Estado en el que, tras una valoración de los riesgos y de la seguridad, se compruebe que el retorno no contribuye al interés superior del menor» (art. 16.7).

Por su parte, la Carta Social Europea contiene también previsiones específicas sobre los menores, como en el art. 7 donde se establece la obligación de proteger a los niños contra la explotación económica. Otras previsiones se encuentran en el artículo 10.2 y 10.4.d) sobre el derecho de formación profesional y el artículo 17 que establece los

derechos de las madres y los niños a una protección social y económica[685]. El órgano encargado de su supervisión del cumplimiento del contenido de la Carta no es el TEDH, sino el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) [686].

Así, en la Decisión del CEDS de 20 de octubre de 2009, en el asunto *Defence of Children International c. Países Bajos*, se analizó el reproche lanzado por la organización reclamante a la legislación holandesa, que privaba a los menores extranjeros en situación irregular en los Países Bajos del derecho a la vivienda (art. 31) y, como consecuencia de ello, de otros derechos autónomamente considerados o en combinación con el precepto sobre la no discriminación de la Carta[687]. Lo interesante de esta decisión radicó en que el CEDS aludió no únicamente a los derechos que los niños ostentan en su condición de persona, como todas las demás, sino que se inclinó en favor de los niños centrándose en determinados derechos que la Carta les reconoce a título particular por su situación específica, conjugada con la fragilidad y la autonomía potencial de evolución hacia la edad adulta.

Por su parte, en la Decisión de 23 de octubre de 2012, en el asunto *Defence of Children International c. Bélgica*, el CEDS declaró la violación de varias disposiciones de la CSE revisada (arts. 7.10, 11.1 y 3, y 17.1) a causa de la situación de desamparo de los menores extranjeros, acompañados o no, y demandantes de asilo en situación irregular[688].

El Consejo de Europa ha adoptado también otra serie de tratados que regulan aspectos concretos de los derechos del niño, aplicables también a los menores extranjeros:

- Convenio sobre el Estatuto Jurídico de los Niños Nacidos fuera del Matrimonio, de 15 de octubre de 1975, donde pide a los Estados miembros que tengan en cuenta las recomendaciones del ACNUR relativas a los niños no acompañados que solicitan asilo; y pide a los Estados miembros que admitan en su territorio a los refugiados menores de edad no acompañados con vistas a la reunificación familiar y concedan a tales

[685] Recordamos que España firmó la CSE de 1961 el 6 de mayo de 1980 y el Protocolo adicional de 1988 el 24 de enero de 2000; desde el 1 de julio se aplica el Protocolo provisional de reclamaciones colectivas de 1995 (ni siquiera firmado por el momento), aunque sí se ha ratificado ya la CSE revisada de 1996, BOE núm. 139 de 11 de junio de 2021 (cuya firma se produjo el 23 de octubre de 2000). El Órgano encargado de su supervisión es el CEDS, integrado por expertos independientes que deciden sobre la conformidad de la normativa y las prácticas nacionales con la CSE, bien por la vía de procedimientos de demandas colectivas o mediante procedimientos de notificación nacionales.

[686] Con respecto a los niños inmigrantes véase la Decisión del CEDS de 23 de octubre de 2012, reclamación n.º 69/2011, *Defence of Children International c. Bélgica.*

[687] Véase la Decisión del CEDS de 20 de octubre de 2009, reclamación n.º 47/2008, *Defence for Children International c. Países Bajos*.

[688] Véase la Decisión del CEDS de 23 de octubre de 2012, reclamación n.º 69/2011, *op.cit.*

niños unos cuidados equivalentes a los que reciben los niños del Estado de acogida (Recomendaciones 36 y 37).

- Convenio en materia de Adopción de Niños, revisado el 27 de noviembre de 2008.
- Convenio sobre las Relaciones Personales del Niño, de 15 de mayo de 2003.
- Convenio sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, de 15 de enero de 1996;
- Convenio para la Protección de los Niños contra la Explotación y el Abuso Sexual («Convenio de Lanzarote»), de 25 de octubre de 2007.

El Derecho de la UE y la expulsión de menores: algunos avances

En el Derecho de la UE existe abundante normativa sobre los menores, vamos a centrarnos en aquella especialmente aplicable al objeto de estudio, comenzando por la propia Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[689], cuyo artículo 24 contiene los derechos del niño:

> «1. Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez.
>
> 2. En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial.
>
> 3. Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses».

Por su parte, la ya citada Directiva 2003/109/CE establece una serie de garantías contra la expulsión, entre las que se encuentra la consideración de la edad, así el artículo 12 sobre la protección contra la expulsión establece:

> «1. Los Estados miembros únicamente podrán tomar una decisión de expulsión contra un residente de larga duración cuando represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública.
>
> 2. La decisión a que se refiere el apartado 1 no podrá justificarse por razones de orden económico.
>
> 3. Antes de adoptar una decisión de expulsión de un residente de larga duración, los Estados miembros deberán tomar en consideración los elementos siguientes:

[689] Además, el artículo 32 consagra la prohibición del trabajo infantil y la protección de los jóvenes en el trabajo.

a) la duración de la residencia en el territorio;

b) la edad de la persona implicada;

c) las consecuencias para él y para los miembros de su familia;

d) los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen(...)»

Asimismo, la ya citada Directiva 2004/38/CE establece en el artículo 27 una serie de principios generales:

«1. (…) los Estados miembros podrán limitar la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Estas razones no podrán alegarse con fines económicos.

2. 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.

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 (....)».

El artículo 28 está dedicado a la protección contra la expulsión, estableciendo la necesidad de tener en cuenta la duración de la residencia del interesado en su territorio, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en el Estado miembro de acogida y la importancia de los vínculos con su país de origen. Prohíbe la expulsión contra un ciudadano de la Unión Europea o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, que haya adquirido un derecho de residencia permanente en su territorio, excepto por motivos graves de orden público o seguridad pública. Igualmente, no se podrá adoptar una decisión de expulsión contra un ciudadano de la Unión, excepto si la decisión se basa en motivos imperiosos de seguridad pública tal que definidos por los Estados miembros, cuando este:

«a) haya residido en el Estado miembro de acogida durante los diez años anteriores, o

b) sea menor de edad, salvo si la expulsión es necesaria en interés del niño, tal como establece la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989».

La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a las normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular («Directiva de Retorno») establece en el artículo 5 relativo a la «No devolución, interés superior del niño, vida familiar y estado de salud» lo siguiente:

> «Al aplicar la presente Directiva, los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta:
>
> a) el interés superior del niño,
>
> b) la vida familiar,
>
> c) el estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate,
>
> y respetarán el principio de no devolución».

Sobre los menores extranjeros no acompañados, vamos a destacar:

a) La Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013, *Sobre la situación de los menores extranjeros no acompañados en la Unión Europea*[690], en la que se reconoce la dispersión normativa en relación con la protección de este colectivo, subrayando la necesidad de aprobar una normativa de mínimos común y coherente;
b) La Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 4 de julio de 2006, *Hacia una estrategia de la Unión Europea sobre los derechos de la infancia*[691], basada en lo dispuesto en la citada Observación general n.º 6 de 2005 del CDN, en la que se señala la necesidad de establecer una estrategia comunitaria global para proteger de manera efectiva los derechos de la infancia.

Igualmente, cabe citar el Plan de Acción sobre los Menores no Acompañados (2010-2014), de 6 de mayo de 2010[692], que reconoce la ausencia de «datos completos, fiables y comparables», por lo que señala que sería conveniente que las estadísticas abarcaran a todos los MENA, no solo a los que solicitan asilo[693].

Finalmente, y respecto a la protección de los niños frente a la trata, cabe citar la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.

---

690 2012/2263(INI).
691 COM, 2006, 367 final.
692 COM, 2010, 213 final.
693 Asimismo, el Programa de Estocolmo del Consejo Europeo abogaba por una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (2010/C115/01), aprobado por el Consejo Europeo de 10 y 11 de diciembre de 2009.

2. Ámbito regional americano

En el ámbito regional americano no encontramos un tratado similar a la Convención sobre Derechos del Niño de Naciones Unidas, siendo los únicos tratados especializados solo en menores aquellos de naturaleza y con origen en el Derecho internacional privado, los cuales también recogen importantes elementos para la protección en casos concretos de niñas y niños[694], pero en los que no vamos a profundizar ahora por alejarse del tema objeto de esta tesis.

Por lo tanto, será de nuevo en el ámbito de la protección general de los derechos humanos donde se contemple la protección del niño en el caso de las expulsiones (bien sea de los progenitores o del propio menor), así podemos citar el artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948[695], y el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), de 1978[696]. En su labor interpretativa y garante de la protección de los derechos humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) elaboró en 2019 un listado de Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las Personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas y las Víctimas de la Trata de Personas[697] donde recoge que:

«Cualquier política migratoria y decisión administrativa o judicial relacionada con la entrada, estancia, detención, expulsión o deportación de un niño, niña o adolescente o cualquier acción del Estado considerada en relación con algún de sus progenitores, cuidador primario o tutor legal, incluidas las medidas adoptadas en relación con su condición de migrante, deben priorizar a la evaluación, determinación, consideración y protección del interés superior del niño, niña o adolescente involucrado» (principio 10).

Lo cual implica también que los Estados no deben detener a un niño, niña o adolescente mientras se lleva a cabo la evaluación y determinación del interés superior, ni durante el período en que se estén sustanciando los procesos de migración o de asilo o de protección internacional[698].

---

694 CASTILLA, K., «La Protección de los Derechos Humanos de Niñas y Niños en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos» en AA.VV, *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables*, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2014, pp. 45-49.

695 Artículo VII: «Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales».

696 Artículo 19: «Derechos del Niño. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado».

697 Adoptados mediante Resolución 04/19 de la CIDH, de 7 de diciembre de 2019.

698 Principio 71, titulado «Prohibición de detención de niños, niñas»:
«Cada niño, niña tiene, en todo momento, un derecho fundamental a la libertad y a no ingresar a centros de detención migratoria. Los Estados deben prohibir la detención de niños y niñas tanto en la legislación como en la práctica. Los Estados no deben optar por privar a niños y niñas de su libertad como medida precautoria

Con relación a la protección de los derechos humanos de los menores solicitantes de asilo y refugiados en el continente americano, serán los artículos 19, 22.7 y 22.8 de la CADH, los artículos VII y XXVII de la Declaración Americana, junto con el citado artículo 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como la Convención de 1951, su Protocolo de 1967 y la definición regional de la Declaración de Cartagena[699], los que conforman el *corpus iuris* internacional que conforme su paraguas jurídico.

La protección global del niño parte del enfoque del artículo 17 de la Convención Americana de 1978[700], así como del artículo VI de la Declaración Americana de 1948[701], que articulan el derecho de protección a la familia, reconociendo que la familia es el elemento fundamental de la sociedad y que debe ser protegida. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ya ha señalado que este derecho implica no solo disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños[702], sino también favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, toda vez que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia. Por tanto, los casos de expulsión o deportación de uno o ambos progenitores pueden configurar una injerencia en el disfrute de la vida familiar al separar a la niña o al niño de uno o ambos progenitores. Es preciso, por tanto, determinar los

---

de los objetivos del proceso migratorio; y no deben detener a niños y niñas por incumplimiento de los requisitos de entrada y estancia en el país, por el hecho de que no esté acompañado o esté separado, ni con el propósito de asegurar la unidad familiar. En el caso de los niños y niñas acompañados, la prohibición de la detención debe extenderse a sus progenitores, familiares, cuidador principal o tutor legal que les acompañen. Además, los Estados no deben detener a un niño, niña o adolescente mientras se lleva a cabo la evaluación y determinación del interés superior, ni durante el período en que se estén sustanciando los procesos de migración o de asilo o de protección internacional».

[699] Considera también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

[700] Artículo 17: «Protección a la Familia: 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidad de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo».

[701] Artículo VI: «Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella».

[702] En el marco de la protección de los menores, recordamos el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales «Protocolo de San Salvador», cuyo artículo 7 establece que «los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular (…) f. la prohibición de trabajo nocturno o en labores insalubres o peligrosas a los menores de 18 años y, en general, de todo trabajo que pueda poner en peligro su salud, seguridad o moral».

parámetros bajo los cuales tal interferencia no resulte arbitraria ni abusiva, de modo que la restricción a la vida familiar sea legítima.

Por consiguiente, surgen dos intereses en conflicto en los casos en que debe adoptarse una decisión respecto a la eventual expulsión de uno o ambos progenitores: "(a) la facultad del Estado de aplicar su propia política migratoria para alcanzar fines legítimos y (b) el derecho de la niña o del niño a la protección de la familia y, en particular, al disfrute de la vida de familia manteniendo la unidad familiar en la mayor medida posible"[703]. "En todo caso, los fines legítimos no deben ser interpretados de manera que permitan cualquier viso de arbitrariedad en detrimento de los derechos humanos[704]. Será pues necesario evaluar que la medida adoptada esté prevista por ley[705] y cumpla con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, debe ser necesaria en una sociedad democrática"[706].

En la ya citada Opinión consultiva de 28 de agosto de 2002, titulada *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, la CIDH señala que «debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal».

Años después, en la Opinión consultiva de 19 de agosto de 2014, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, coincide con la jurisprudencia del TEDH partidaria de ponderar la proporcionalidad en los supuestos de separaciones familiares originadas por expulsiones de carácter motivado debidas a la situación migratoria de uno o ambos padres:

«Cualquier órgano administrativo o judicial que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe

---

[703] *Cfr*. Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión consultiva Oc-21/14 de 19 de agosto de 2014, solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, párr. 275.

[704] *Ibid*.

[705] El primer paso para evaluar si una restricción a un derecho establecido en la Convención Americana es permitida a la luz del artículo 30 de dicho tratado, consiste en examinar si la medida limitativa cumple con el requisito de legalidad. Ello significa que las condiciones y circunstancias generales que autorizan una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente establecidas por ley. La norma que establece la restricción debe ser una ley en el sentido formal y material. *Cfr*. Sentencia de la Corte IDH de 6 de agosto de 2008, *caso Castañeda Gutman c. Estados Unidos Mexicanos*, párr. 176 y Corte IDH, *La Expresión «Leyes» en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párs. 27 y 32.

[706] La Corte Interamericana ha sostenido que para que una restricción sea permitida a la luz de la Convención debe ser necesaria para una sociedad democrática. Este requisito, que la Convención Americana establece de manera explícita en ciertos derechos (de reunión, artículo 15; de asociación, artículo 16; de circulación, artículo 22), ha sido incorporado como pauta de interpretación por el Tribunal y como requisito que califica a todas las restricciones a los derechos de la Convención. Véase la Sentencia de la Corte IDH de 6 de agosto de 2008, *caso Castañeda Gutman c. Estados Unidos Mexicanos*, párr. 185.

emplear un análisis de ponderación, que contemple las circunstancias particulares del caso concreto y garantice una decisión individual, priorizando en cada caso el interés superior de la niña o del niño. En aquellos supuestos en que la niña o el niño tiene derecho a la nacionalidad del país del cual uno o ambos progenitores pueden ser expulsados, o bien cumple con las condiciones legales para residir permanentemente allí, los Estados no pueden expulsar a uno o ambos progenitores por infracciones migratorias de carácter administrativo, pues se sacrifica de forma irrazonable o desmedida el derecho a la vida familiar de la niña o del niño»[707].

Por otra parte, la CIDH también hace referencia al derecho a la reunificación familiar, inicialmente en el contexto de conflictos armados o las desapariciones forzadas de personas. Así, por ejemplo, en el caso de la *Masacre de Las Dos Erres c. Guatemala* la Corte IDH señala que, en el contexto de un conflicto armado interno, las obligaciones del Estado a favor de los niños se definen en el artículo 4.3 del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra[708]. Dicho artículo establece que «se proporcionarán a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten, y, en particular se tomarán las medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias temporalmente separadas»; lo que ha sido definido por el Comité Internacional de la Cruz Roja en el sentido de que «las partes en conflicto deben hacer lo posible por restablecer los lazos familiares, es decir, no solo permitir las búsquedas que emprendan los miembros de familias dispersas, sino facilitarlas incluso».

En el caso *Contreras y otros c. El Salvador*, el Tribunal consideró que:

«Sustraer a una menor de edad de su entorno familiar y cultural, retenerla ilegalmente, someterla a actos de violencia y violación sexual, inscribirla con otro nombre como propio, cambiar sus datos de identificación por otros falsos y criarla en un entorno diferente en lo cultural, social, religioso, lingüístico, según las circunstancias, así como en determinados casos mantenerla en la ignorancia sobre estos datos, constituye una violación agravada de la prohibición de injerencias en la vida privada y familiar de una persona, así como de su derecho a preservar su nombre y sus relaciones familiares, como medio de identificación personal. Más aún cuando el Estado no ha adoptado con posterioridad ninguna medida dirigida a fin de reunificarla con su familia biológica y devolverle su nombre e identidad»[709].

En el año 2013 la CIDH apuntala este derecho al declarar que:

«la participación de los niños adquiere especial relevancia cuando se trata de procedimientos que puedan tener carácter sancionatorio, en relación con una infracción al régimen migratorio, abiertos contra niños migrantes o contra su familia, sus padres, representantes o acompañantes, pues este tipo de procedimientos pueden derivar en la separación de la familia y

[707] GUTIÉRREZ NOGALES, S.D., «El diálogo entre el Tribunal Europeo…», *op.cit*., aptdo. 3.
[708] Sentencia de la Corte IDH de 24 de noviembre de 2009, caso *Masacre de Las Dos Erres c. Guatemala*.
[709] Sentencia de la Corte IDH de 31 de agosto de 2011, caso *Contreras y otros c. El Salvador*.

en la subsecuente afectación del bienestar de los niños, independientemente de que la separación ocurra en el Estado que expulsa o en el Estado donde sean expulsados».

Protección de los niños separados de sus familias en el ámbito americano

Uno de los supuestos más flagrantes y que tienen como parte a la política de los EEUU que, como ya hemos recordado, no ha ratificado numerosos tratados, entre ellos el de los derechos del niño, llevó a plantear su conducta en 2018 ante la CIDH. Bajo la política «Tolerancia Cero», en Estados Unidos se perseguía penalmente a las personas que intentaban ingresar en forma irregular a ese país desde la frontera con México. Cuando, además, les acompañaban sus hijos al realizar el cruce, se separaba al niño de su familia y se alojaba en centros de detención u hogares transitorios. Igualmente, no se admitían las visitas entre padres e hijos ni, en algunas ocasiones, las comunicaciones telefónicas.

Frente a esta situación, distintas instituciones nacionales de derechos humanos de México, Colombia, Guatemala, Ecuador, El Salvador y Honduras acudieron al sistema interamericano en busca de protección para los niños, niñas y adolescentes que se encontraban separados de sus familias. La CIDH pidió a Estados Unidos que adoptara las medidas necesarias para proteger los derechos a la vida familiar, integridad personal e identidad de los niños, niñas y adolescentes y que garantizara la comunicación regular con sus familiares. Igualmente, se requirió que brindara asistencia médica y psicológica a los niños que se encontraban en esa situación y que se asegurara de que recibieran apoyo consular y servicios de intérpretes en caso de ser necesario. Finalmente, la Corte determinó en agosto de 2018 que el Estado debía suspender todo tipo de procedimiento que pudiera derivar en la separación de un niño y su familia, y adoptar inmediatamente las medidas tendentes a asegurar la reunificación de los que ya hubieran sido separados:

«Es probable que la separación prolongada de los niños de sus familias tenga un fuerte impacto en los lazos afectivos que estos mantienen con sus parientes, dando como resultado aflicciones emocionales y psicológicas, las que podrían afectar su integridad personal al poner en riesgo el desarrollo equilibrado de su personalidad. En este sentido, el sistema interamericano ha sostenido que, cuando se trata de niños, niñas y adolescentes, el derecho a la identidad está vinculado con el derecho a la vida familiar, debido al rol que tiene la familia en la combinación de atributos y características que posibilitan la individualización de la persona en sociedad. Además, las circunstancias concretas y el contexto específico en el que se da la separación entre un niño y su familia tienen un impacto distinto en la integridad personal y el desarrollo integral y

equilibrado. Las condiciones personales del niño, tales como su edad y nivel de desarrollo, también son importantes…»[710].

En este sentido, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y la Convención Americana, en los artículos VI y 17.1, respectivamente, reconocen a la familia como el núcleo de protección de la infancia y la adolescencia y le confieren un papel importante para garantizar la atención, el bienestar y la protección de los niños y adolescentes siendo el espacio natural para su crecimiento y desarrollo, particularmente en las primeras etapas de sus vidas. Por ello, dictaminó que los niños deben permanecer con sus familias, a menos que existan motivos de fuerza mayor que justifiquen su separación, de acuerdo al interés superior del niño y con carácter temporal[711].

La CIDH recordó que en la citada Observación general conjunta n.º 4 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y n.º 23 del CDN, ambos órganos determinaron que «… la ruptura de la unidad familiar puede ocurrir cuando se expulsa a uno o ambos progenitores, de manera tal que la separación de las familias debido a violaciones de leyes migratorias implica una restricción desproporcionada» (párr. 29). Asimismo, la CIDH expresó que «las circunstancias específicas en contextos migratorios en los cuales tienen lugar las separaciones entre niños y sus familias pueden tener consecuencias potencialmente negativas en su integridad personal y en su desarrollo integral y equilibrado» (párr. 30)[712].

Finalmente, en los citados *Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y víctimas de la trata de personas,* adoptados en 2019, la CIDH reconoce expresamente el derecho a la reunificación familiar, así como la prohibición de separar familias:

«En principio, los Estados deben abstenerse de separar a las familias mediante procesos de expulsión o deportación. En el caso de expulsión o deportación, los principios rectores deben ser la unidad familiar y los intereses superiores del niño, niña o adolescente. Los Estados deben cerciorarse de que los procesos de expulsión o deportación sean proporcionales y absolutamente necesarios en el caso particular y den cumplimiento específico a una decisión ejecutoria de un

[710] Véase la Resolución 64/2018 de la CIDH, de 16 de agosto de 2018, *Niños migrantes afectados por la política de "Tolerancia Cero" con respecto a los Estados Unidos de América*, párr. 27.
[711] *Cfr*. párr. 29.
[712] Continúa la CIDH disponiendo que «la separación física forzada de los niños, niñas y adolescentes de sus padres biológicos y/o otros familiares cercanos –adultos que son sus tutores inmediatos y con quienes mantienen un estrecho vínculo afectivo de seguridad y confianza— es de por sí negativa. Lo que es más, si sucede en un contexto de incertidumbre respecto de la situación actual y futura, la falta de conocimiento del lugar de destino, y la ausencia de cualquier tipo de contacto—todo esto un país desconocido sin una red de contención integrada por adultos en los que los niños confíen—, las consecuencias sin incluso más dañinas a su integridad personal y a su desarrollo…», párr. 30.

tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tales medidas, así como con el Derecho internacional y regional» (principios 60 y 61).

Por último, cabe señalar que los menores americanos cuentan con un órgano especializado de control: la Relatoría sobre los Derechos de la Niñez (dependiente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y creada en 1998)[713]. Asimismo, dos instrumentos jurídicos más hacen referencia específica a los menores. De un lado, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas señala en su artículo XII que «los Estados Partes se prestarán recíproca cooperación en la búsqueda, identificación, localización y restitución de menores que hubieren sido trasladados a otro Estado o retenidos en este, como consecuencia de la desaparición forzada de sus padres, tutores o guardadores»[714].

Por su parte, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, en su artículo 25 dispone que «la restitución del menor conforme a la presente Convención podrá negarse cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño».

Otros instrumentos interamericanos aplicables también a los menores por ser aplicables a todas las personas en este ámbito geográfico

1. El Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte.
2. La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.
3. La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.
4. La Carta Democrática Interamericana.
5. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer «Convención de Belem Do Para».
6. La Convención sobre asilo territorial.
7. La Convención sobre asilo diplomático.
8. La Convención sobre asilo político.
9. La Convención sobre la nacionalidad de la mujer.

[713] SIMON, A.; y DULITZKY A., *Estudio sobre la Relatoría sobre los Derechos de la Niñez de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Save the Children Suecia – Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Lima, 2011.

[714] Véase también en este ámbito la Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores, cuyo objeto es la protección de los derechos fundamentales y el interés superior del menor, la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como la regulación de los aspectos civiles y penales del mismo.

3. Ámbito regional africano

Por último, en el ámbito regional africano encontramos la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño de 1990[715], primer tratado regional en contemplar los derechos de los menores. Aunque es similar a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la Carta también contiene disposiciones para un procedimiento de queja individual[716]. También es cierto que son muchos los Estados africanos que no han firmado la Carta, o que aun firmándola no la han ratificado. Concretamente, 42 estados de los que componen la Unión Africana han firmado y ratificado dicho instrumento[717]. No obstante, la firma y ratificación de la Carta no conlleva el compromiso íntegro con la misma, ya que más de un estado ha hecho reservas a sus previsiones[718].

Si bien principalmente pretende ser un instrumento contra el matrimonio infantil y otras formas de violencia contra los niños, en este texto nos llama la atención un aspecto, que es la referencia expresa a los niños refugiados desplazados por catástrofes naturales. Esta es la única alusión explícita que hemos encontrado entre la diversidad de instrumentos internacionales a los refugiados climáticos. El tema de la protección de los menores refugiados será tratado en detalle en el capítulo correspondiente. Valga ahora aquí solo destacar el artículo 23, por la novedad que introduce respecto a otros instrumentos, aunque no hemos encontrado hasta la fecha ningún pronunciamiento al respecto en relación con el tema objeto de estudio. Dicho artículo señala que sus disposiciones «(…) se aplicarán mutatis mutandis a los niños desplazados internamente por causa de catástrofes naturales, conflictos armados internos, contiendas civiles, crisis de orden económico y social, o por cualquier otra causa».

Al mismo tiempo, en este precepto se reconoce expresamente que:

---

[715] La Carta Africana puede convertirse en una herramienta poderosa para hacer responsables a los gobiernos de poner fin al matrimonio infantil. De hecho, define los derechos y responsabilidades de un niño y ordena la protección de la niña de prácticas culturales nocivas como el matrimonio infantil. En el párrafo 2 del artículo 21 se establece explícitamente que «se prohibirá el matrimonio infantil y los esponsales de niñas y niños» y que «se adoptarán medidas efectivas, incluida la legislación, para especificar que la edad mínima para contraer matrimonio es de 18 años».

[716] El órgano de vigilancia de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño es el Comité Africano de Expertos sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, que celebró su primera sesión en 2002.

[717] Aunque la página oficial de la Unión Africana indica que son 41 los estados que la han ratificado, debemos tener en cuenta el regreso de Marruecos a la Organización, país que ha ratificado la Carta y que, por tanto, hace un total de 42 estados. Para consultar el estado de ratificación de la Carta, véase http://www.achpr.org/instruments/child/ratification/

[718] MARTÍN GARCÍA, C, *La Unión Africana y su papel en la protección de los derechos humanos en África*, 2016, p. 17.

«Los Estados parte se comprometerán a cooperar con las organizaciones internacionales existentes que protegen y ayudan a los refugiados en sus esfuerzos por proteger y ayudar a tales niños y por localizar a los padres u otros parientes cercanos del niño refugiado que está solo, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia. Cuando no se pueda encontrar a ninguno de los padres, tutores legales o parientes cercaos, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado temporal o permanentemente de su entorno familiar por cualquier causa (...)» (párr.2).

Por otra parte, en 2006, la Unión Africana adoptó la Carta de la Juventud Africana en reconocimiento del entusiasmo de jóvenes por «participar activamente a nivel local, nacional, regional e internacional para determinar su propio desarrollo y el adelanto de la sociedad en general», según reconocía su Preámbulo. El documento reconoce explícitamente las necesidades y aspiraciones de personas jóvenes desplazadas, refugiadas y con necesidades especiales. Una de las disposiciones de la Carta contiene el derecho de toda persona joven a gozar de los derechos y libertades que la Carta "reconoce y garantiza, sin distingos de raza, grupo étnico, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional y social, fortuna, nacimiento u otra condición. Los Estados Parte deben adoptar medidas apropiadas para garantizar que cada persona joven sea protegida contra toda forma de discriminación por motivos de condición, actividades, opiniones expresadas y creencias "(artículo 2).

D. Otros instrumentos internacionales generales aplicables a la protección de los menores extranjeros

1. Convención de las Naciones Unidas de 2000 contra la Delincuencia Organizada Transnacional: el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire

Para completar el relato de los instrumentos internacionales que contienen preceptos que pueden servir para proteger a los niños extranjeros, es preciso citar la Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000, que aprueba la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos anexos. Dicha Convención no contiene preceptos directamente aplicables en caso de expulsión de extranjeros[719]; si bien podemos referirnos brevemente a los Protocolos que parten de la mencionada Convención. Así, el artículo 7 del Protocolo I prevé que «cada Estado parte considerará la posibilidad de adoptar medidas legislativas u otras medidas apropiadas que

[719] Sí se refiere a la extradición, pero es un supuesto totalmente diferente.

permitan a las víctimas de la trata de personas permanecer en su territorio, temporal o permanentemente, cuando proceda».

Respecto al Protocolo II, se reconoce, por un lado, un motivo para reforzar los controles fronterizos a fin de prevenir y detectar el tráfico ilícito de migrantes. Así, el artículo 11 entiende que «sin perjuicio de los compromisos internacionales relativos a la libre circulación de personas, los Estados Parte reforzarán, en la medida de lo posible, los controles fronterizos que sean necesarios para prevenir y detectar el tráfico ilícito de migrantes». Por otro lado, contiene una cláusula de salvaguarda aplicable a los supuestos de repatriación de personas que soliciten protección internacional, especificando en el artículo 14 que:

«Nada de lo dispuesto en el presente Protocolo afectará a los derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados y las personas con arreglo al Derecho internacional, incluidos el Derecho internacional humanitario y la normativa internacional de derechos humanos y, en particular, cuando sean aplicables, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, así como el principio de *non-refoulement* consagrado en dichos instrumentos»[720].

2. Principios y Directrices Recomendados sobre los Derechos Humanos y la Trata de Personas de 2002[721]

Concluyendo los instrumentos internacionales aplicables, vamos a recordar en este recuadro algunos de los principios aplicables, especialmente, cuando las víctimas además son menores. Comenzamos trasladando al siguiente recuadro una cita textual de la Directriz 6 de los citados Principios, relativa a la «asistencia y protección a las víctimas de la trata de personas».

Directriz 6: asistencia y protección a las víctimas de la trata de personas.

«No es posible romper el ciclo de la trata de personas sin prestar atención a los derechos y las necesidades de las víctimas. Hay que dar asistencia y protección adecuadas a todas las víctimas de la trata de personas sin discriminación. Los Estados y, cuando proceda, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, deberían considerar la posibilidad de:

[720] El siguiente artículo 20 expresa que, en caso de controversia entre dos o más Estados Parte relativa a la interpretación o la aplicación de los citados Protocolos «que no pueda resolverse mediante la negociación dentro de un plazo razonable deberá, a solicitud de uno de esos Estados Parte, someterse a arbitraje. Si, seis meses después de la fecha de la solicitud de arbitraje, los Estados Parte no han podido ponerse de acuerdo, cualquiera de esas Partes podrá remitir la controversia a la Corte Internacional de Justicia mediante solicitud conforme al Estatuto de la Corte».

[721] Texto presentado ante el Consejo Económico y Social como apéndice al Informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (E/2002/68/Add.1).

1. Cerciorarse, en cooperación con las organizaciones no gubernamentales, de que se ofrezca alojamiento seguro y adecuado que atienda a las necesidades de las víctimas de trata de personas. Ello no debe estar subordinado a que las víctimas estén dispuestas a rendir testimonio en un proceso penal. Las víctimas de la trata de personas no deben ser recluidas en centros de detención para inmigrantes, otros centros de detención o refugios para personas sin hogar.

2. Cerciorarse, en asociación con las organizaciones no gubernamentales, de que las víctimas de la trata de personas tengan acceso a atención primaria de salud ya atención sicológica. No debe exigirse a las víctimas de la trata de personas que acepten esa atención o asistencia ni obligarlas a hacerse análisis para determinar si padecen enfermedades, incluido el VIH/SIDA.

3. Cerciorarse de que se informe a las víctimas de la trata de personas de que tienen derecho a ponerse en contacto con representantes diplomáticos y consulares del Estado de su nacionalidad. Hay que impartir al personal de embajadas y consulados formación adecuada para que atienda a las necesidades de información y asistencia de esas víctimas. Estas disposiciones no serían aplicables a las víctimas de la trata de personas que pidieran asilo en el país.

4. Cerciorarse de que los procedimientos judiciales en que tomen parte las víctimas de trata de personas no redunden en desmedro de sus derechos, su dignidad ni su bienestar físico o sicológico.

5. Dar a las víctimas de la trata de personas asistencia letrada o de otra índole en relación con las acciones penales, civiles o de otra índole contra los tratantes o quienes las hayan explotado. Debe darse a las víctimas información en un idioma que entiendan.

6. Proteger efectivamente a las víctimas de la trata de personas de daños, amenazas o actos de intimidación cometidos por los tratantes y personas asociadas a ellos. A estos efectos, no debería revelarse en público la identidad de las víctimas de la trata de personas y habría que respetar y proteger su privacidad en toda la medida de lo posible, teniendo en cuenta al mismo tiempo el derecho de los acusados aun juicio imparcial. Habría que advertir plenamente y con antelación a las víctimas de la trata de personas de las dificultades que entraña proteger su identidad y no habría que dejar que se formaran expectativas falsas o poco realistas en cuanto a las posibilidades de los agentes del orden a este respecto.

7. Disponer el regreso en condiciones de seguridad y, de ser posible voluntario, de las víctimas de la trata de personas y estudiar la opción de que residan en el país de destino o la de reasentarlos en un tercer país en ciertas circunstancias especiales (para impedir

represalias o en casos en que se considere probable que vuelvan a ser objeto de trata, por ejemplo).

8. En colaboración con las organizaciones no gubernamentales, hacer que se proporcione a las víctimas de la trata de personas que regresen a sus países de origen la asistencia y el apoyo necesarios a los efectos de su bienestar, de facilitar su integración social y de prevenir que sean objeto nuevamente de trata de personas. Habría que adoptar medidas para proporcionar a las víctimas de la trata de personas que regresan a sus países atención médica y sicológica, vivienda y servicios de enseñanza y empleo adecuados».

3. Convención Internacional sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzada de 2010[722]

Aunque esta Convención se aplica a todas las personas, la especial vulnerabilidad de los menores hace que la incluyamos en este apartado ya que se tienen en cuenta especialmente en los casos de desapariciones forzadas. Con respecto a los supuestos de expulsión, el artículo 16 de la CED prohíbe el regreso de una persona a un país donde existan motivos fundados para creer que existe riesgo de desaparición forzada:

«Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución, entrega o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a una desaparición forzada.

A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia, en el Estado de que se trate, de un cuadro de violaciones sistemáticas graves, flagrantes o masivas de los derechos humanos o violaciones graves del Derecho internacional humanitario».

Además, el número 9 de los Principios Rectores para la Búsqueda de Personas Desaparecidas del Comité contra la Desaparición Forzada[723], basados en la citada Convención, requiere que los Estados tomen en cuenta la vulnerabilidad particular de los migrantes y que lleven a cabo procedimientos que permitan un examen individual de todas las solicitudes de entrada en la frontera, en cumplimiento del principio de no devolución.

[722] Adoptada en Nueva York el 20 de diciembre de 2006. En vigor desde el 23 de diciembre de 2010.
[723] COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA, *Guiding Principles for the search for disappeared persons*, CED/C/7, 8 de mayo de 2019.

IV. INSTRUMENTOS FRENTE A LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EN EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

«*El miedo es la más grande discapacidad de todas*»

Nick Vujiic

A. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006

Aproximadamente, el 10 por 100 de la población mundial, es decir casi 700 millones de personas, sufren una discapacidad[724]. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue adoptada por la Asamblea General el 13 de diciembre de 2006[725] y entró en vigor el 3 de mayo de 2008 (un mes después de la 20ª ratificación, al igual que el Protocolo Facultativo). Actualmente, 182 Estados son parte de dicha Convención, cuya finalidad es «promover, proteger y garantizar el disfrute pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por parte de todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente»[726].

El artículo 2 de la Convención define la «discriminación por motivos de discapacidad» como:

«Cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo e incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables».

Es decir, los derechos garantizados por la Convención se pueden violar si los Estados, sin una justificación objetiva y razonable, no tratan de forma diferente a personas cuya situación sea considerablemente distinta[727].

---

[724] HÜFNER, K. y SCHLAAK, C., *Violaciones de los Derechos Humano…, op.cit.*, p. 116.
[725] Aprobada en la Resolución de la AGNU de 24 de enero de 2007 (A/RES/61/106).
[726] Según el artículo 1: «Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».
[727] Dictamen del CDPD de 19 de abril de 2012, comunicación n.º 3/2011, *H. M. c. Suecia*, párr. 8.3.

El órgano encargado de velar por el cumplimiento de la Convención, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[728], ha manifestado que existe discriminación indirecta si los efectos perjudiciales de una norma o decisión afectan de manera exclusiva o desproporcionada a personas de una determinada raza, de un determinado color, sexo o idioma o de una determinada religión, o por razón de sus opiniones políticas o de otra índole, o por su origen nacional o social, situación económica, lugar de nacimiento o cualquier otra condición social[729]. Se considera que las personas con discapacidad están comprendidas dentro de esas categorías. Las situaciones son especialmente problemáticas cuando la víctima de discriminación se trata de un extranjero con discapacidad (y particularmente vulnerable cuando, además, es menor o mujer[730]).

De los casos examinados por el Comité en los que nos vamos a centrar, esto es, cuando las víctimas eran extranjeros con alguna discapacidad, hemos observado que gran parte de los supuestos, no han sido admitidos y, por tanto, no se ha podido determinar si hubo o no vulneración de la Convención, debido a que el denunciante no había agotado previamente todos los recursos internos disponibles (tal y como establece el Protocolo Facultativo como requisito para poder acudir al Comité, y que representa el motivo principal de inadmisión de las comunicaciones individuales por incumplimiento de los instrumentos jurídicos internacionales).

Así, por ejemplo, en *O.O.J. c. Suecia*, de 2017[731], el Comité señaló que «el traslado por un Estado parte de una persona a una jurisdicción donde él o ella correría el riesgo de sufrir violaciones de la Convención puede, en determinadas circunstancias, ser responsabilidad del Estado en virtud de la Convención» (párr. 10.3). A pesar de la sólida conclusión que manifestó el Comité sobre la aplicabilidad extraterritorial de las obligaciones de no devolución de Suecia en virtud de la CDPD, el caso fue considerado inadmisible por no agotamiento de los recursos internos.

---

[728] El citado Comité, además de las observaciones generales que realiza, tiene como funciones: 1) examinar los informes periódicos de los Estados parte sobre la aplicación de las obligaciones de la Convención, 2) examinar las comunicaciones de individuos acerca del Protocolo Facultativo, y 3) realizar investigaciones (en base al Protocolo Facultativo) en el caso de que hubiera pruebas confidenciales de violaciones graves y sistemáticas.

[729] Véase, por ejemplo, el Dictamen del CDPD de 22 de abril de 1998, comunicación n.º 998/2001, *Althammer y otros c. Austria*, párr. 10.2.

[730] Véase la Declaración conjunta de UN-Women, CEDAW y CDPD, *Ending sexual harassment against women and girls with disabilities*, 22 de octubre de 2020.

[731] Véase el Dictamen del CDPD de 18 de agosto de 2017, comunicación n.º 28/2015, *O.O.J. c. Suecia*. Este caso, que trataba de la expulsión de un niño nigeriano con autismo y su familia, el Comité no entró a valorar el fondo por no haber agotado todos los recursos internos disponibles. Sin embargo, la Decisión también contenía una previsión de revisión conforme a lo dispuesto en el artículo 71, párrafo 2, del reglamento del Comité en caso de recibir de las víctimas o en su nombre una petición conteniendo información de la que se desprenda que las causas de inadmisibilidad hayan dejado de existir.

Entre las decisiones adoptadas por el Comité, uno de los escasos supuestos que hemos encontrado con un elemento de extranjería y orden de expulsión alegando vulneración de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, es el caso de la ucraniana Iuliia Domina y su marido, el danés Max Bendtsen, contra Dinamarca[732]. Los autores solicitaron la reunificación familiar en el Estado parte y un permiso de residencia para la Sra. Domina que fue denegado por las autoridades danesas, por lo que alegaron una vulneración de los derechos que les asisten virtud de los artículos 5[733] y 23*[734] de la Convención, solicitándose medidas provisionales en virtud del artículo 4 del Protocolo Facultativo[735] para que el Estado no expulsara a la Sra. Domina a Ucrania mientras el Comité estuviera examinando el caso.

El supuesto se remonta a 2013, cuando los autores solicitaron la reunificación familiar y un permiso de residencia para la Sra. Domina invocando su matrimonio, que habían celebrado ese año. En la solicitud se adjuntó documentación sobre la salud física y mental del Sr. Bendtsen, indicando que en 2009 había sufrido un grave accidente de automóvil que le había provocado lesiones cerebrales permanentes y que, debido a ello, percibía prestaciones sociales desde mayo de 2009, ya que no podía mantenerse por sí mismo mediante un empleo. La solicitud de reunificación fue desestimada el 29 de agosto de 2013 por el Servicio de Inmigración de Dinamarca ya que el Sr. Bendtsen había percibido prestaciones sociales tres años antes de la fecha en que se podía conceder la reunificación familiar[736]. El artículo 9.5 de la Ley de Extranjería danesa establece que no puede concederse un permiso de residencia por motivos de reunificación familiar si el cónyuge del solicitante ha percibido prestaciones sociales del Estado durante los tres años anteriores a la presentación de la solicitud. Se apeló esta decisión y el Tribunal Superior Oriental danés determinó que no había perspectivas de que estuviera en condiciones financieras de mantenerse por sí mismo, por lo que no debería exigirse que cumpliera el

[732] Dictamen del CDPD de 31 de agosto de 2018, comunicación n.º 39/2017, *Iuliia Domina y Max Bendtsen c. Dinamarca*.

[733] Artículo 5.1: «Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna (…)».

[734] Artículo 23: «Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que: a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges; (…)».

[735] Artículo 4: «Tras haber recibido una comunicación y antes de llegar a una conclusión sobre el fondo de esta, el Comité podrá remitir en cualquier momento al Estado Parte interesado, a los fines de su examen urgente, una solicitud para que adopte las medidas provisionales necesarias a fin de evitar posibles daños irreparables a la víctima o las víctimas de la supuesta violación. 2. El ejercicio por el Comité de sus facultades discrecionales en virtud del párrafo 1 del presente artículo, no implicará juicio alguno sobre la admisibilidad o sobre el fondo de la comunicación».

[736] Recordamos que Dinamarca, en virtud de la «geometría variable» de la UE está al margen de una gran parte de las normas comunitarias, en lo que nos atañe, en el contexto de la migración y el asilo.

requisito de poder mantenerse financieramente porque, a causa de su discapacidad, ese requisito le impedía el goce de su derecho a la vida familiar en igualdad de condiciones con las demás personas. Esta decisión se lleva a apelación y el Tribunal Supremo danés estima lo contrario, argumentado que se le había ofrecido participar en un programa de empleo flexible especial y, por tanto, podría mantenerse financieramente, lo que le situaba en condiciones comparables a las de las personas sin discapacidad que habían percibido prestaciones sociales, estimando así que no había sido objeto de discriminación, ni en violación de la Convención ni del CEDH.

Finalmente, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad entendió que en el momento de la presentación de la solicitud de reunificación familiar el Sr. Bendtsen percibía prestaciones sociales a causa de su discapacidad y no estaba en condiciones de aceptar un empleo[737]. El Comité concluyó que el requisito de autosuficiencia previsto en el artículo 9.5 de la Ley de Extranjería afectó de forma desproporcionada al Sr. Bendtsen como persona con discapacidad y había sometido a un trato discriminatorio indirecto. El hecho de que las autoridades nacionales rechazaran la solicitud de reunificación familiar sobre la base de criterios que eran indirectamente discriminatorios para las personas con discapacidad tuvo el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el goce y ejercicio de los autores del derecho a la vida familiar en igualdad de condiciones con las demás personas, lo que vulnera los derechos que los asisten en virtud del artículo 5, por separado y conjuntamente con el artículo 23.1 de la Convención.

En *N.L. c. Suecia*, de 2020, el Comité explicó más detalladamente la obligación relativa al retorno y encontró una violación de la obligación de no devolución de Suecia en virtud del artículo 15, considerando que el hallazgo de una violación en virtud de esa disposición hacía innecesario un examen más detenido del caso en virtud del artículo 10, observando que el Comité se basa ampliamente en la Observación general n.º 31 del CCPR, así como en la jurisprudencia del organismo en casos que implican riesgo de daño irreparable tras la restitución[738].

Finalmente, cabe apuntar que la ausencia de mayor jurisprudencia sobre expulsión o devolución de extranjeros con discapacidad podría explicarse por la tardía entrada en vigor del Protocolo Facultativo, el 3 de mayo de 2008, así como a su alcance altamente especializado. Es posible que los casos más evidentes que dañan los derechos de las personas con discapacidad en supuestos de devolución se planteen ante el CAT o el CCPR

[737] Por otro lado, la evaluación para determinar si el Sr. Bendtsen podía reunir las condiciones para acceder a un empleo con arreglo al programa de subvenciones salariales no se finalizó hasta marzo de 2015 y este no fue empleado en el marco del programa especial hasta octubre de 2015, seis años después de que hubiera comenzado a recibir prestaciones sociales y dos años y medio después de que los autores hubieran presentado su solicitud de reunificación familiar.
[738] Decisión del CDPD de 28 de agosto de 2020, comunicación n.º 60/2019, *N.L. c. Suecia*, págs.7.3 y 7.4.

debido a la relevancia percibida de la protección ofrecida por esos organismos. Así, por ejemplo, los casos con elementos de trastornos graves de salud mental se han presentado con frecuencia ante el CAT[739]. La Convención contra la Discriminación de las Personas con Discapacidad, sin embargo, parece estar abierta a tales casos también, como hemos visto en el caso mencionado anteriormente, *N.L. c. Suecia*, donde el Comité aceptó la afirmación del solicitante de que su enfermedad mental constituía una «discapacidad mental a largo plazo» que impedía el regreso a su país de origen[740].

B. Otros instrumentos internacionales y regionales

Además de la protección genérica frente a la discriminación en general que brindan otros instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, también hay otros instrumentos en el ámbito regional.

En concreto desde la UE se contempla la protección de las personas con discapacidad en los Tratados constitutivos de la Unión Europea, y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 (artículos 21.1 y 26). Además, cabe citar la Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; el Reglamento 1107/2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo; así como los Programas de la Unión Europea en materia de discapacidad y la «Estrategia sobre discapacidad 2010-2020».

En África, el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en África es el instrumento más relevante de la Unión Africana, adoptado en la 30ª Sesión Ordinaria de la Asamblea de la Unión Africana, celebrada en Addis Abeba el 30 enero de 2018. Por otro lado, cabe citar también la Convención de la Unión Africana para la Protección y la Asistencia de los Desplazados Internos en África, de 2009 («Convención de Kampala») ya que impone un conjunto de obligaciones a los Estados parte respecto a las personas desplazadas

[739] Véanse la Decisión del CAT de 9 de agosto de 2017, comunicación n.º 747/2016, *H.Y. c. Suecia* (discapacidad parcial relacionada con el TEPT), Decisión del CAT de 11 de agosto de 2017, comunicación n.º 725/2016, *G.E. c Australia*, (trastorno depresivo mayor y deterioro cognitivo); Decisión del CAT de 15 de mayo de 2001, *S.V. y otros c. Canadá*, comunicación n.º 49/1996 (discapacidad relacionada con la tortura).

[740] ECRE/ELENA, *Securing and advancing access to asylum through the individual communications procedures of the UN Treaty Bodies*, marzo 2021, p. 10.

internamente. En particular, deben proporcionar protección especial y asistencia a las personas desplazadas internamente que tienen necesidades especiales, incluyendo (entre otras) a niñas y niños separados y no acompañados, personas de la tercera edad y personas con discapacidad (artículo 9).

A través de la «Declaración de Kigali» de 2003, la Conferencia de Estados miembros reafirma su compromiso con los objetivos y principios contenidos en una extensa lista de instrumentos políticos, legales y de derechos humanos tanto vinculantes como no vinculantes[741]. "Destaca el principio de que todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí[742]. Específicamente, la Conferencia insta a los Estados miembros a cumplir sus obligaciones conforme al Derecho internacional y, en especial, a adoptar las medidas necesarias para asegurar la protección de poblaciones civiles, particularmente niñas, niños, mujeres, personas de la tercera edad y personas con discapacidad en situaciones de conflicto armado"[743].

El párrafo 19 de la citada Declaración señala con suma preocupación "la difícil situación de grupos vulnerables, incluyendo a personas con discapacidad, además de exigir a los Estados miembros el desarrollo de un Protocolo sobre la protección de los derechos de las personas con discapacidad y las personas de la tercera edad[744]. En ocasión del 25 aniversario de la Carta Africana, la UA adoptó la Declaración de Banjul. Aunque este documento incluyó una reafirmación general de que los Estados se comprometen a garantizar, respetar y proteger los derechos consagrados en la Carta Africana", la única referencia explícita a la discapacidad es la del artículo 18, párrafo 3 y 4 sobre la eliminación de la discriminación de la mujer y de su protección así como del niño, haciendo incluso una alusión especial a los ancianos y a los minusválidos para proteger sus especiales necesidades, tanto físicas como morales[745].

En el ámbito americano, cabe citar, en primer término, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de 1999. El Artículo III de la citada Convención dispone que:

«Para lograr los objetivos de esta Convención, los Estados parte se comprometen a: Adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole,

[741] La «Declaración de Kigali» fue adoptada el 8 de mayo de 2003, en la Primera Conferencia Ministerial sobre Derechos Humanos en África (MIN/CONF/HRA/Decl.1(I)).
[742] Declaración de Kigali, párr.1.
[743] *Ibid*., párr. 17.
[744] *Ibid*., párr. 20.
[745] VAN REENEN, T. P, Y COMBRINCK, H., «La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad en África: progresos después de cinco años», *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2011, p. 10.

necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad (…)»[746].

Igualmente, cabe citar el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como el «Protocolo de San Salvador» (1988). La citada Convención define este tipo de discriminación en el inciso 2.b) del artículo 1:

«No constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia (…)».

Sin embargo, los principales órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (la Comisión y la Corte) no tienen competencia para conocer de todos los tratados en el sistema de peticiones individuales y, en caso de tenerla, no siempre abarca todas las disposiciones[747]. A pesar de ello, la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido especialmente prolífica en torno a la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y respecto a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Además, en el *caso González y otras («Campo Algodonero») c. México*, aplicó la disposición el artículo 7.c de la «Convención Belem do Pará»[748]. Pero el hecho de que hasta el momento la Corte IDH haya desarrollado estos preceptos de

[746] Incluye las que se enumeran a continuación, sin que la lista sea taxativa: «a) Medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración; b) Medidas para que los edificios, vehículos e instalaciones que se construyan o fabriquen en sus territorios respectivos faciliten el transporte, la comunicación y el acceso para las personas con discapacidad; b) Medidas para eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos arquitectónicos, de transporte y comunicaciones que existan, con la finalidad de facilitar el acceso y uso para las personas con discapacidad; y c) Medidas para asegurar que las personas encargadas de aplicar la presente Convención y la legislación interna sobre esta materia, estén capacitados para hacerlo.
2. Trabajar prioritariamente en las siguientes áreas:
a) La prevención de todas las formas de discapacidad prevenibles;
b) La detección temprana e intervención, tratamiento, rehabilitación, educación, formación ocupacional y el suministro de servicios globales para asegurar un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida para las personas con discapacidad; y
c) La sensibilización de la población, a través de campañas de educación encaminadas a eliminar prejuicios, estereotipos y otras actitudes que atentan contra el derecho de las personas a ser iguales, propiciando de esta forma el respeto y la convivencia con las personas con discapacidad».

[747] Sobre el funcionamiento del sistema interamericano de derechos humanos, véase PELAYO MOLLER, C.Mª., *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, CNDH, México, 2011, p. 79.

[748] Véase la Sentencia de la Corte IDH de 16 de noviembre de 2009, *Caso González y otras («Campo Algodonero») c. México*.

forma particular, no implica que en el futuro la Corte Interamericana no pueda conocer disposiciones similares en otros tratados del Sistema Interamericano[749].

V. PROTECCIÓN FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN EN LA EXPULSIÓN DE TRABAJADORES MIGRANTES

A. Introducción

Tal y como hemos avanzado, el componente ocupacional está muy presente en el motor de las migraciones. El Convenio nº 143 de la OIT sobre los trabajadores migrantes, de 1975, define al trabajador migrante como «toda persona que emigra o ha emigrado de un país a otro para ocupar un empleo» (art. 11). Los desafíos particulares que plantea la regulación de la migración laboral[750], al tiempo que se protegen los derechos de todos los trabajadores migrantes, han motivado la elaboración de instrumentos específicos con trascendencia en el tema principal objeto de estudio. Por ello, vamos a analizar el principal tratado internacional sobre los derechos de estos trabajadores, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y varios instrumentos aprobados por la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT desde el enfoque de los aspectos más directamente relacionados con la expulsión de extranjeros.

B. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990

La primera Conferencia Mundial de Lucha contra el Racismo y la Discriminación Racial que tuvo lugar en Ginebra en 1978 sirvió de espacio para que se presentara la propuesta de creación de una convención internacional sobre los derechos de los trabajadores migrantes. En este contexto, la Asamblea General hizo una evaluación de la problemática de los trabajadores migrantes y solicitó al Secretario General considerar la posibilidad de elaborar una convención internacional para enfrentar esta realidad[751]. Se trata de la primera tentativa dirigida a crear un marco internacional de protección de los derechos de estas personas.

[749] STEINER, C. y URIBE, P. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Temis, 2014, p. 111.
[750] El Plan de Acción de la Conferencia Mundial de la Población (que tuvo lugar en Bucarest en 1974) hizo alusión a la cuestión de la discriminación de los trabajadores migrantes, así como al tráfico de personas.
[751] Véase la Resolución 33/163 de la AGNU, de 20 de diciembre de 1978.

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares fue adoptada por la Asamblea General en su Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990. Al mismo tiempo, es el instrumento de la legislación internacional de derechos humanos que otorga una mayor protección a los migrantes irregulares, además de prever derechos adicionales, como una amplia protección individualizada contra la expulsión, considerando que, en otros instrumentos internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, está reservada solo a los migrantes que residan legalmente en el país.

A fecha de septiembre de 2020 solo 55 países eran parte de esta Convención. La mayoría de ellos provienen de América Latina y África, pudiendo destacar que ninguno pertenece a la Unión Europea.

El Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares es el órgano de expertos independientes encargado de supervisar la aplicación en los Estados parte de la Convención. Este Comité celebró su primera reunión en marzo de 2014. Principalmente, su labor es la de realización de informes, aunque también está previsto en el artículo 77 de la Convención que un Estado parte pueda declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones enviadas por personas sometidas a su jurisdicción, o en su nombre, que aleguen que ese Estado parte ha violado los derechos individuales reconocidos en la presente Convención. Ello siempre que «la misma cuestión no haya sido, ni esté siendo, examinada en otro procedimiento de investigación o resolución internacional» (artículo 77, párrafo 3a) y se hayan agotado todos los recursos existentes en la jurisdicción interna (artículo 77, párrafo 3b).

Sin embargo, tal y como prevé el artículo 77, párrafo 8, «estas disposiciones entrarán en vigor cuando diez Estados parte de la presente Convención hayan hecho las declaraciones a que se hace referencia en el párrafo 1 del presente artículo». Hasta el momento no se ha llegado al límite establecido, por lo que se utilizan otros mecanismos internacionales de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. A modo de ejemplo, cabe citar los procedimientos ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité de Derechos Humanos, también el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de los Derechos del Niño[752].

No obstante estas consideraciones, expondremos el contenido más relevante de la Convención, que se inicia con una serie de definiciones, comenzando por el «trabajador migratorio», que se entiende como «toda persona que vaya a realizar, realice o haya

[752] HÜFNER, K. y SCHLAAK, C., *Violaciones de los Derechos Humano…, op.cit.*, pp. 112 y 113.

realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional» (art. 2.1)[753]. Se trata de la definición más completa de los trabajadores migrantes que hemos encontrado en un instrumento jurídico internacional.

Seguidamente excluye de la aplicación de los derechos contenidos en este texto, entre otros, a los refugiados y los apátridas, a menos que esté previsto que se aplique a estas personas en la legislación nacional pertinente del Estado parte de que se trate o en instrumentos internacionales en vigor en ese Estado (art. 3.d).

Define el término «familiares» como:

«Las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate» (artículo 4).

Asimismo, la Convención distingue entre los trabajadores migratorios y sus familiares en situación regular y en situación irregular (artículo 5).

Cabe señalar que se tuvo en cuenta aquí la recomendación acerca de evitar el uso del término «ilegal» para referirse a los migrantes y a la migración, por sus connotaciones

[753] Asimismo, este artículo contiene otras definiciones: «2. a) Se entenderá por "trabajador fronterizo" todo trabajador migratorio que conserve su residencia habitual en un Estado vecino, al que normalmente regrese cada día o al menos una vez por semana;
b) Se entenderá por "trabajador de temporada" todo trabajador migratorio cuyo trabajo, por su propia naturaleza, dependa de condiciones estacionales y sólo se realice durante parte del año;
c) Se entenderá por "marino", término que incluye a los pescadores, todo trabajador migratorio empleado a bordo de una embarcación registrada en un Estado del que no sea nacional;
d) Se entenderá por "trabajador en una estructura marina" todo trabajador migratorio empleado en una estructura marina que se encuentre bajo la jurisdicción de un Estado del que no sea nacional;
e) Se entenderá por "trabajador itinerante" todo trabajador migratorio que, aun teniendo su residencia habitual en un Estado, tenga que viajar a otro Estado u otros Estados por períodos breves, debido a su ocupación;
f) Se entenderá por "trabajador vinculado a un proyecto" todo trabajador migratorio admitido a un Estado de empleo por un plazo definido para trabajar solamente en un proyecto concreto que realice en ese Estado su empleador;
g) Se entenderá por "trabajador con empleo concreto" todo trabajador migratorio:
i) Que haya sido enviado por su empleador por un plazo limitado y definido a un Estado de empleo para realizar una tarea o función concreta;
ii) Que realice, por un plazo limitado y definido, un trabajo que requiera conocimientos profesionales, comerciales, técnicos o altamente especializados de otra índole; o
iii) Que, a solicitud de su empleador en el Estado de empleo, realice por un plazo limitado y definido un trabajo de carácter transitorio o breve; y que deba salir del Estado de empleo al expirar el plazo autorizado de su estancia, o antes, si deja de realizar la tarea o función concreta o el trabajo a que se ha hecho referencia;
h) Se entenderá por "trabajador por cuenta propia" todo trabajador migratorio que realice una actividad remunerada sin tener un contrato de trabajo y obtenga su subsistencia mediante esta actividad, trabajando normalmente solo o junto con sus familiares, así como todo otro trabajador migratorio reconocido como trabajador por cuenta propia por la legislación aplicable del Estado de empleo o por acuerdos bilaterales o multilaterales».

negativas asociadas a la criminalidad y en reconocimiento de que «todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica» (artículo 6 de la DUDH). De hecho, la Asamblea General de las Naciones Unidas pidió en 1975 a los organismos de las Naciones Unidas que en todos los documentos oficiales emplearan ya «la expresión trabajadores migratorios no documentados o irregulares para definir a los trabajadores que se internen ilegal o subrepticiamente en otro país para obtener trabajo»[754].

Al mismo tiempo reconoce el principio de no discriminación y de los derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares en los artículos 7 a 35, y formula otros derechos para los trabajadores migratorios y sus familiares que estén documentados o se encuentren en situación regular en el Estado de empleo (artículos 36 a 56).

Los derechos humanos fundamentales que están garantizados ya por otros tratados de derechos humanos son, sin embargo, expresamente de aplicación para ambos grupos. Estos incluyen el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la libertad de expresión y la libertad de culto o libertad religiosa, así como el derecho a la salud y la educación. Asimismo, este texto establece un procedimiento de control de los derechos humanos de los migrantes (artículos 72-78).

Por otro lado, la Convención deja muy claro que los Estados tienen el derecho de controlar sus fronteras, lo que incluye el establecimiento de los criterios que rigen la admisión de los trabajadores migrantes y de sus familiares en el artículo 79:

«Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará al derecho de cada Estado Parte a establecer los criterios que rijan la admisión de los trabajadores migratorios y de sus familiares. En cuanto a otras cuestiones relacionadas con su situación legal y el trato que se les dispense como trabajadores migratorios y familiares de estos, los Estado Parte estarán sujetos a las limitaciones establecidas en la presente Convención».

Cabe señalar que, según el artículo 34 de la Convención, los migrantes también tienen la obligación de cumplir las leyes y las normas de los Estados de tránsito y de destino, así como de respetar la identidad cultural de los habitantes de los Estados de tránsito y de destino. Además, los Estados no tienen la obligación jurídica de regularizar la situación irregular de los trabajadores migrantes. El artículo 35 clarifica que, aunque la Parte III protege los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares, independientemente de su estatus migratorio, esto no se interpretará en el sentido de que

[754] UIP, OIT y ONU, *Manual para parlamentarios n.º 24*, *op.cit.*, pp. 21-23.

implique una regularización de situaciones irregulares o de que se confiera algún derecho a esa regularización a los trabajadores migrantes o a sus familiares[755].

Finalmente, vamos a reparar en el artículo 22, ya que prohíbe las expulsiones colectivas, pero no las expulsiones de extranjeros en general; es más, reconoce la posibilidad de ser expulsados, pero solo conforme a la ley, y establece una serie de requisitos en caso de que se adopte dicha medida. Estos van a perfilar salvaguardas de procedimiento expresas para proteger los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familiares que sean objeto de expulsión de manera individual.

El mencionado precepto establece lo siguiente:

> «1. Los trabajadores migratorios y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente.
>
> 2. los trabajadores migratorios y sus familiares sólo podrán ser expulsados del territorio de un Estado Parte en cumplimiento de una decisión adoptada por la autoridad competente conforme a la ley.
>
> 3. La decisión les será comunicada en un idioma que puedan entender. Les será comunicada por escrito si lo solicitasen y ello no fuese obligatorio por otro concepto y, salvo en circunstancias excepcionales justificadas por razones de seguridad nacional, se indicarán también los motivos de la decisión. Se informará a los interesados de estos derechos antes de que se pronuncie la decisión o, a más tardar, en ese momento.
>
> 4. Salvo cuando una autoridad judicial dicte una decisión definitiva, los interesados tendrán derecho a exponer las razones que les asistan para oponerse a su expulsión, así como a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello. Hasta tanto se haga dicha revisión, tendrán derecho a solicitar que se suspenda la ejecución de la decisión de expulsión.
>
> 5. Cuando una decisión de expulsión ya ejecutada sea ulteriormente revocada, la persona interesada tendrá derecho a reclamar indemnización conforme a la ley, y no se hará valer la decisión anterior para impedir a esa persona que vuelva a ingresar en el Estado de que se trate.
>
> 6. En caso de expulsión, el interesado tendrá oportunidad razonable, antes o después de la partida, para arreglar lo concerniente al pago de los salarios y otras prestaciones que se le adeuden y al cumplimiento de sus obligaciones pendientes.

[755] UIP, OIT y ONU, *Manual para parlamentarios n.º 24*, *op.cit.*, pp. 21-23.

7. Sin perjuicio de la ejecución de una decisión de expulsión, el trabajador migratorio o familiar suyo que sea objeto de ella podrá solicitar autorización de ingreso en un Estado que no sea su Estado de origen.

8. Los gastos a que dé lugar el procedimiento de expulsión de un trabajador migratorio o un familiar suyo no correrán por su cuenta. Podrá exigírsele que pague sus propios gastos de viaje.

9. La expulsión del Estado de empleo no menoscabará por sí sola ninguno de los derechos que haya adquirido de conformidad con la legislación de ese Estado un trabajador migratorio o un familiar suyo, incluido el derecho a recibir los salarios y otras prestaciones que se le adeuden».

La importancia de esta disposición radica en que va más allá de otros mecanismos de protección del ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos en el proceso de expulsión, ya que estos se limitaban «prácticamente» a los no nacionales que se encontraran «lícitamente» en el territorio, tal y como hemos visto al exponer el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos en su artículo 13, a cuyo estudio previo nos remitimos[756].

Sin embargo, al ser este un instrumento ratificado por muy pocos Estados, tal y como hemos señalado, de nada sirve dicha protección si no es posible su aplicación, al menos, de momento.

C. Principales instrumentos de la OIT en la protección de trabajadores extranjeros

Desde su creación en 1919, la OIT ha defendido que los trabajadores migrantes merecían especial atención, por lo que incluyó la protección de los trabajadores migrantes en el segundo considerando del Preámbulo de su carta constitucional. Aunque, principalmente destacan dos Convenios centrados en su protección: los Convenios OIT n.º 97 y 143, sobre trabajadores migrantes. El primero, se enfoca en la igualdad de trato entre el trabajador migrante en situación regular y el nacional. El segundo, en el problema de la migración irregular y el respeto a los derechos fundamentales en el trabajo[757].

[756] Véase, en este sentido, UIP, OIT y ONU, *Manual para parlamentarios n.º 24*, *op.cit.*, p. 148.
[757] GIL Y GIL, J.L., «Los trabajadores migrantes y la Organización Internacional del Trabajo», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2009, epígrafe II.1.

El primero de ellos, ratificado por España, es el Convenio n.º 97 sobre la Migración para el Empleo de 1949[758], que define al trabajador migrante en su artículo 11 como «toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta, e incluye a cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante».

El Convenio contiene disposiciones que regulan las condiciones en las que se debería producir la migración laboral, entre ellas la obligación de mantener un servicio gratuito apropiado encargado de prestar ayuda a los trabajadores migrantes (artículo 2) y de adoptar todas las medidas pertinentes contra la propaganda sobre la emigración y la inmigración que puedan inducir a error (artículo 3), así como normas para la protección de los trabajadores frente a la discriminación y la explotación mientras están empleados en países que no son el propio[759]. El artículo 6 establece el principio de igualdad de trato entre los inmigrantes que se encuentran legalmente en un territorio y los ciudadanos nacionales, sin discriminación por motivo de nacionalidad, raza, religión o sexo, en lo que se refiere a los salarios y las condiciones de trabajo, la afiliación a organizaciones sindicales, la vivienda, la seguridad social, los impuestos laborales y los procedimientos legales.

El Convenio n.º 97 va acompañado de la Recomendación n.º 86 sobre los trabajadores migrantes (revisada), que carece de carácter vinculante, pero proporciona directrices adicionales sobre la regulación de la migración laboral. El Anexo a la Recomendación n.º 86 contiene un modelo de acuerdo sobre migración laboral bilateral, que ha servido de prototipo a los Estados miembros de la OIT para concebir sus propios acuerdos bilaterales de regulación de la migración laboral.

Por otro lado, se otorga también un tratamiento jurídico particular al migrante «refugiado o persona desplazada» que pierde su empleo obligando a la autoridad competente (pues utiliza la fórmula «deberá») a favorecer la obtención de un empleo y garantizar su manutención. En esta línea, el apartado 18 invita al Estado miembro a:

«Abstenerse, en todo lo posible, de alejar de su territorio a este trabajador (se refiere al trabajador migrante regular) o a los miembros de su familia por motivo de la insuficiencia de recursos del trabajador o de la situación del mercado del empleo, a menos que se haya celebrado un acuerdo a este respecto entre las autoridades competentes de los territorios de emigración e inmigración interesado».

[758] El Convenio n.º 97 fue revisado en 1949, actualizando normas anteriores de la OIT e incluyó disposiciones jurídicas y normativas para los trabajadores migrantes en situaciones regulares, y ratificado por España en 1967.
[759] UIP, OIT y ONU, *Manual para parlamentarios n.º 24*, *op.cit.*, pp. 58-63.

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo de 1975, por su parte, adoptó la Convención sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias) y la Recomendación n.º 151 sobre los trabajadores migrantes, además del Convenio n.º 143 sobre los trabajadores migrantes. Este instrumento, no ratificado por España (entre otros), fue aprobado en un momento en el que la atención de la comunidad internacional se dirigía hacia los crecientes abusos relacionados con la migración irregular. El Convenio está dividido en dos partes. La parte I sobre migraciones en condiciones de abuso contiene disposiciones dirigidas a eliminar la migración no autorizada y el empleo «ilegal». Así, el artículo 1 obliga a los Estados parte a respetar los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migrantes, incluidos los que están en situación irregular. Este ha sido uno de los puntos calientes a la hora de lograr que sea ratificado.

Se entiende que los derechos humanos básicos incluyen los derechos humanos fundamentales contenidos en los instrumentos internacionales aprobados por las Naciones Unidas en este ámbito, lo que incluye algunos de los principios y derechos laborales fundamentales contemplados en los convenios principales de la OIT, así como los derechos humanos fundamentales contenidos en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos que se han ido mencionando a lo largo del capítulo.

Cabe destacar, de este Convenio, el artículo 8, que establece que el trabajador migrante no podrá ser considerado en situación ilegal o irregular por el hecho mismo de la pérdida de su empleo, y el artículo 9.1, que estipula que el trabajador migrante en situación irregular cuya situación no pueda regularizarse tiene el derecho a la igualdad de trato en lo concerniente a los derechos derivados de empleos anteriores en materia de remuneración, seguridad social y otros beneficios (ambos preceptos son escollos a la hora de lograr el acuerdo de muchos países de la Unión Europea para su ratificación; de forma que, actualmente, solo ha sido ratificado por Chipre, Italia, Portugal y Suecia).

A estos preceptos hay que añadir la Recomendación n.º 151, que acompaña al Convenio n.º 143 y establece que la pérdida de empleo no debe generar estar incurso en una situación de irregularidad, ni conllevar por sí misma la pérdida de la autorización de residencia o, como pudiera suceder, de un permiso de trabajo.

La parte II del referido Convenio n.º 143 se enfoca en la igualdad de oportunidades y trato en la migración regular, además de facilitar la integración de los trabajadores migrantes que residen legalmente en los países de acogida. Así, exhorta a los Estados a aplicar una política nacional destinada a fomentar y garantizar la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores migrantes y sus familiares dentro del territorio (art. 10). Entre los ejemplos de medidas de estas características figuran la

cooperación con las organizaciones de trabajadores y empleadores y otros órganos pertinentes; la promulgación de legislación y la adopción de los programas educativos necesarios para implementar las políticas nacionales; la derogación de legislación y la modificación de instrucciones y prácticas administrativas incompatibles con las políticas nacionales; la formulación y aplicación de políticas sociales en consulta con organizaciones representativas de los empleadores y los trabajadores; y la garantía de igualdad de trato para todos los trabajadores migrantes en relación con sus condiciones de trabajo.

Por su parte, la Recomendación n.º 151 establece directrices más detalladas sobre igualdad de oportunidades y trato, políticas sociales, y empleo y residencia de los trabajadores migrantes. El art. 31 de dicha Recomendación es especialmente relevante a este respecto, ya que, en caso de irregularidad sobrevenida, establece que debe concederse un plazo suficiente para encontrar empleo, equivalente «al menos al período en que tenga derecho a las prestaciones de desempleo y que el permiso de residencia debería prorrogarse en consecuencia». En segundo lugar, en consonancia con la suspensión del acto de expulsión, el art. 33 de esta misma norma establece que si el trabajador recurre la decisión extintiva debería, «a reserva de las exigencias debidamente justificadas de la seguridad nacional o del orden público», concedérsele el plazo «suficiente para obtener un pronunciamiento definitivo». Y en último lugar, si aquella extinción fuere injustificada, disfrutar igual que los nacionales de las correspondientes garantías de todo tipo, indemnizaciones incluidas, y, nuevamente, el plazo «suficiente para encontrar otro empleo» (art. 32).

Sin embargo, a pesar de la relevancia de estos instrumentos, son pocos Estados los que han ratificado el Convenio n.º 97, y menos aún el Convenio n.º 143, y en general, no lo han hecho los considerados tradicionalmente «países de acogida»[760].

Además de estos dos instrumentos específicos, existen otros en los que se hacen menciones expresas aplicables a los trabajadores migrantes. A título de ejemplo cabe citar el Convenio OIT n.º 19, de 1925, sobre la igualdad de trato en accidentes de trabajo, cuyo art. 1 prevé que «todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a conceder a los nacionales de cualquier otro Miembro que lo haya ratificado, y que fueren víctimas de accidentes del trabajo ocurridos en el territorio de aquél, o a sus derechohabientes, el mismo trato que otorgue a sus propios nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo».

[760] LANTARÓN BARQUÍN, D., «Migraciones laborales y Organización Internacional del Trabajo: revisando los pilares de una construcción normativa universal», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 152, 2020, pp. 53-95.

Igualmente, existen otras normas dentro del ámbito OIT, además de otras en el marco más amplio de Naciones Unidas, que regulan realidades más globales, pero incidiendo especialmente en los trabajadores migrantes, como las destinadas a regular el tráfico ilegal de personas, trabajo forzoso o prohibición de ciertas discriminaciones, ya que en ocasiones las personas trabajadoras migrantes son víctimas del tráfico humano o el trabajo forzoso[761]. Especialmente afecta a los migrantes en situación irregular que son más vulnerables a los abusos, además de los que centran el foco de las políticas dirigidas a la expulsión en lugar de aplicar medidas dirigidas a las razones de la irregularidad para poder combatirla de manera más eficaz.

PRINCIPALES NORMAS INTERNACIONALES SOBRE TRABAJO Y TRABAJADORES MIGRANTES

Documentos constitucionales

- Constitución de la OIT de 1919 (Preámbulo, segundo considerando), revisada por la Declaración de Filadelfia de 1944.
- Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998.
- Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2008.

Convenios fundamentales

1. Abolición del trabajo forzoso

[761] Como advierte la doctrina, los aspectos de la emigración, del reclutamiento y de la colocación de trabajadores migrantes se ven afectados, de forma indirecta, por otros instrumentos de la OIT, en particular los referentes al trabajo forzoso (Convenios n.º 29 y 105), a la eliminación del trabajo infantil (Convenios n.º 138 y 182), o a las oficinas de colocación y servicios de empleo (Convenios n.º 88 y 96). También destaca, en Naciones Unidas, la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 1965; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus dos protocolos de idéntico año 2000, el Protocolo para prevenir, reparar y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (Protocolo sobre la trata) y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire (Protocolo contra el tráfico), éste sí específico; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984), y la Convención sobre los derechos del niño (1989). Y en el ámbito de la OIT, y con excesiva generosidad respecto de mi propia categorización –es decir, sin coincidir mi particular valoración en este punto, incluyendo personalmente estos textos, con algún matiz acaso, en el primero de los espacios reseñados-, los Convenios sobre la seguridad y la salud en la agricultura, 2001 (n.º 184), las agencias de empleo privadas, 1997 (n.º 181), el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, 1988 (n.º 168), la protección del salario, 1949 (núm. 95), o las condiciones de trabajo (hoteles y restaurantes), 1991 (n.º 172). También cabría citar, desde un distinto prisma, el Convenio núm. 189 OIT relativo al trabajo del servicio doméstico que otorga especial protección, entre otros colectivos, a los trabajadores inmigrantes. Véase GIL Y GIL, J.L., «Los trabajadores migrantes y la Organización Internacional del Trabajo», *op.cit.*, epígrafes I.1 y II

- Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29) y el Protocolo de 2014 del Convenio sobre el trabajo forzoso.
- Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105).

2. Eliminación del trabajo infantil

- Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138).
- Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182).

3. Derechos de los sindicatos

- Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87).
- Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98).

4. Igualdad y no discriminación en el empleo y la ocupación

- Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100).
- Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111).
- Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 190).

Convenios de gobernanza

- Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81).
- Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122).
- Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129).
- Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 (núm. 144).

Convenios y recomendaciones seleccionados de aplicación general

- Cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas), 1949 (núm.94).
- Convenio sobre la protección del salario, 1949 (núm. 95).
- Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964 (núm. 121).
- Convenio sobre la fijación de salarios mínimos, 1970 (núm. 131).
- Convenio sobre el personal de enfermería, 1977 (núm. 149).
- Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155).
- Convenio sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985 (núm. 161).
- Convenio sobre seguridad y salud en la construcción, 1988 (núm. 167).
- Convenio sobre las condiciones de trabajo (hoteles y restaurantes), 1991 (núm.172).
- Convenio sobre seguridad y salud en las minas, 1995 (núm. 176).
- Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183).

- Convenio sobre la seguridad y la salud en la agricultura, 2001 (núm. 184).

Convenios y recomendaciones seleccionados que contienen disposiciones expresas sobre los trabajadores migrantes

- Convenio sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo), 1925 (núm. 19).
- Convenio sobre el servicio del empleo, 1948 (núm. 88).
- Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102).
- Recomendación sobre la protección de los trabajadores migrantes (países insuficientemente desarrollados), 1955 (núm. 100).
- Convenio sobre las plantaciones, 1958 (núm. 110).
- Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social), 1962 (núm. 118).
- Convenio sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social,1982 (núm. 157).
- Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181).
- Recomendación sobre el VIH y el sida, 2010 (núm. 200).
- Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (núm. 189).
- Recomendación sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011(núm. 201).
- Recomendación sobre los pisos de protección social, 2012 (núm. 202).
- Recomendación sobre las medidas complementarias para la supresión efectiva del trabajo forzoso, 2014 (núm. 203).
- Recomendación sobre la transición de la economía informal a la economía formal, 2015 (núm. 204).

Convenios y recomendaciones sobre los trabajadores migrantes

- Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97).
- Recomendación sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 86).
- Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias) 1975 (núm. 143).
- Recomendación sobre los trabajadores migrantes, 1975 (núm. 151).

PARTE SEGUNDA

LA PROTECCIÓN FRENTE A LA EXPULSIÓN DESDE EL PRINCIPIO DE *NON REFOULEMENT*

CAPÍTULO V

LA PROTECCIÓN QUE OTORGA EL PRINCIPIO DE *NON REFOULEMENT* FRENTE A LA EXPULSIÓN DE SOLICITANTES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL

«*El exiliado mira hacia el pasado, lamiéndose las heridas; el inmigrante mira hacia el futuro, dispuesto a aprovechar las oportunidades a su alcance*»

Isabel Allende

I. LA PROTECCIÓN QUE OTORGA LA CONVENCIÓN DE GINEBRA DE 1951 SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS

A. ¿Quién tiene derecho a obtener el estatus de refugiado?

La Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados define como refugiado en el artículo 1. A).1, a quien ha sido considerado como tal en virtud de los instrumentos anteriores a la Convención o bien, a toda persona:

«Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él» (apartado 2).

De la citada definición se obtienen los principales elementos que definen el concepto de refugiado. En primer lugar, puede serlo cualquier persona sin discriminación alguna, siempre que sea extranjera, que se encuentre fuera del país de su nacionalidad, o sea un apátrida. Por otro lado, la condición de refugiado debe normalmente determinarse según cada caso individual, aunque, en ocasiones, grupos enteros han sido desplazados en circunstancias que indicaban que los miembros de ese grupo podían ser considerados

como refugiados, recurriendo a la denominada «determinación colectiva» de la condición de refugiado, en virtud de la cual se admite, salvo prueba en contrario, que cada miembro del grupo es una persona refugiada.

Por otro lado, respecto a los «acontecimientos ocurridos» que cita el precepto, es preciso considerar el contexto en el que surge la Convención, el período de postguerra que deja como saldo miles de refugiados. Por lo que pronto resulta obsoleta esta definición ante las nuevas realidades que surgen más allá de los conflictos bélicos, así que, en lugar de aprobar una nueva Convención se opta por aprobar un nuevo Protocolo[762] por el que los Estados parte convendrían, además de ampliar el ámbito de la definición, aplicar las disposiciones pertinentes de la Convención sin pasar necesariamente a ser partes en ella[763]. El Protocolo es, pues, un instrumento independiente y no una revisión en el sentido del artículo 45 de la Convención. Por lo tanto, la ratificación o adhesión al Protocolo no convierte inmediatamente a los Estados firmantes en parte de la Convención, sino que significa que convienen, simplemente, en aplicar los artículos 2 a 34 de la Convención sobre los refugiados que se definen en el artículo 1, dándose por omitido el plazo fijado en la Convención[764]. Por tanto, la consideración de los acontecimientos que dan lugar al temor de persecución ya no están sujetos al plazo temporal señalado en el artículo 1. A, pudiendo referirse a cualquier momento.

B. Elementos que definen el status de refugiado: fundados temores

Cuando se refiere la Convención a «fundados temores», es preciso comenzar destacando que el concepto de «temor» es subjetivo, lo que requiere, primordialmente, una evaluación de las afirmaciones del solicitante. Sin embargo, al añadir el calificativo de «fundado» se añade una situación objetiva. A pesar de las múltiples razones que pueden darse para que el temor sea fundado, solo se ha destacado un motivo, el de ser perseguido. Con ello se excluye a personas como las víctimas del hambre o de los desastres naturales, a no ser que además tengan fundados temores de ser perseguidas por una de las razones señaladas. Este es uno de los motivos, como veremos, que ha dificultado el reconocimiento de los refugiados climáticos.

---

[762] Tras las conferencias de expertos reunidos en Bellagio (Italia) en 1965, se aprueba el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados («Protocolo de Nueva York») por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor el 4 de octubre de 1967.

[763] La Asamblea General tomó nota del Protocolo (es habitual que la Asamblea «tome nota» de los instrumentos redactados fuera del sistema de las Naciones Unidas en lugar de adoptarlos o aprobarlos) y pidió al Secretario General que transmitiera el texto a los Estados a fin de que pudieran adherirse al Protocolo (resolución 2198 (XXI), de 16 de diciembre de 1966). El Protocolo solo requería seis ratificaciones, y entró en vigor debidamente el 4 de octubre de 1967.

[764] Artículo I del Protocolo.

Respecto a la evaluación del elemento subjetivo, esta es inseparable de la valoración de la personalidad del solicitante, ya que las reacciones psicológicas de los distintos individuos no son las mismas en condiciones idénticas. Estas apreciaciones, además, no tienen que estar basadas necesariamente en la experiencia personal del solicitante. Por ejemplo, las experiencias de sus amigos, pariente u otros miembros del mismo grupo racial o social puede ser indicio suficiente para considerar que sus temores de persecución son fundados. Las leyes del país de origen y su modo de aplicación son también elementos a tener en cuenta. Por otro lado, el hecho de ser una personalidad conocida puede aumentar la posibilidad de ser perseguida, comparada con una persona anónima. Todos esos factores (por ejemplo, el carácter de la persona, sus antecedentes, su influencia, o su situación económica) pueden llevar a la conclusión de que sus temores de ser perseguida son fundados[765].

Un elemento determinante para calificar como fundados los temores ha sido el hecho de que el solicitante esté en posesión de un pasaporte nacional válido. En ocasiones, se ha alegado la "cuestionable" teoría de que la posesión de un pasaporte significa que las autoridades que lo expidieron no tienen la intención de perseguir al titular, ya que de lo contrario no le habrían extendido el pasaporte. Aunque esto puede ser cierto en algunos casos, muchas personas han salido legalmente de su país como único medio de huida sin haber manifestado nunca sus opiniones políticas, puesto que de haber sido conocidas les habrían colocado en una situación peligrosa ante las propias autoridades. Por tanto, entendemos que la mera posesión del pasaporte no siempre puede considerarse como prueba ni como indicio de su falta de temor.

Por otra parte, la insistencia en conservar un pasaporte válido de un país a cuya protección supuestamente no desea recibir, puede generar dudas acerca de la veracidad de su alegación de «fundados temores», ya que, una vez reconocido como tal, muchos refugiados no conservan normalmente su pasaporte nacional. Ahora bien, pueden existir situaciones excepcionales en las que una persona que responde a los criterios de determinación de la condición de refugiado puede conservar su pasaporte nacional o recibir uno nuevo expedido por las autoridades de su país de origen en virtud de acuerdos especiales. Esos acuerdos, especialmente cuando no signifiquen que el titular del pasaporte nacional es libre de regresar a su país sin autorización previa, pueden ser compatibles con el estatuto de refugiado[766].

[765] ACNUR, *Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y directrices sobre protección internacional en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, HCR/1P/4/Spa/Rev.4, Reedición de Ginebra, febrero de 2019, p. 19.
[766] ACNUR, *Manual sobre procedimientos y criterios*…, Reedición de Ginebra, *op.cit*., pp. 19 y 20.

En todo caso, considerando que el derecho de asilo aparece recogido también en el artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el examen y la apreciación de las circunstancias que lo definan no pueden realizarse con criterio restrictivo, siendo suficiente una convicción racional de su realidad para acordar la declaración pretendida, lo que en definitiva se desprende también en nuestro ordenamiento, tal y como veremos más adelante, en la propia Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, cuyo artículo 26.2, utiliza la expresión «indicios suficientes» para resolver la solicitud de protección internacional. Así lo ha venido a reafirmar el TS en numerosas sentencias, baste citar ahora la STS 523/2015, de 23 de febrero, que dictamina la concesión del derecho de asilo en base a que no se precisa una prueba plena y acabada acerca del temor fundado a padecer persecución, siendo suficiente con la existencia de indicios razonables de tal persecución. Sentencia que además está en línea con lo dispuesto en el art. 4.5 de la Directiva 2004/83/CE de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida[767].

C. Ser perseguido: elemento esencial y diferenciador de otro tipo de protección

A pesar de la importancia de este concepto de persecución, ya que va a ser determinante para no devolver o expulsar a un extranjero a su país de origen, en la Convención tampoco se define qué se entiende por persecución, por lo que habrá que examinar, de nuevo, cada caso concreto. Como hemos adelantado, las circunstancias particulares de cada individuo determinan cuándo se puede hablar de un temor fundado de persecución. En principio, de conformidad con el *Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado* de ACNUR, puede ser considerada

[767] Artículo 4.5: «Cuando los Estados miembros apliquen el principio según el cual el solicitante ha de fundamentar la solicitud de protección internacional y si las declaraciones del solicitante presentan aspectos que no estén avalados por pruebas documentales o de otro tipo, tales aspectos no requerirán confirmación si se cumplen las siguientes condiciones:
a) el solicitante ha realizado un auténtico esfuerzo para fundamentar su petición;
b) se han presentado todos los elementos pertinentes de que dispone el solicitante y se ha dado una explicación satisfactoria en relación con la falta de otros elementos pertinentes;
c) las declaraciones del solicitante se consideren coherentes y verosímiles y no contradigan la información específica de carácter general disponible que sea pertinente para su caso;
d) el solicitante ha presentado con la mayor rapidez posible su solicitud de protección internacional, a menos que pueda demostrar la existencia de razones fundadas para no haberla presentado as, y
e) se ha comprobado la credibilidad general del solicitante».

persecución toda amenaza contra la vida o libertad de una persona, así como otras violaciones graves de derechos humanos básicos[768].

Si recurrimos a nuestro ordenamiento, vemos la importancia de este concepto en el art. 3 de la Ley 12/2009 cuando establece:

«La condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9».

Es precisamente el concepto de persecución lo que diferencia en nuestro ordenamiento al asilo de la protección subsidiaria, ya que, como reconoce el artículo 4 de la Ley 12/2009:

«El derecho a la protección subsidiaria es el dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10[769] de esta Ley, y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate, siempre que no concurra alguno de los supuestos mencionados en los artículos 11 y 12 de esta Ley».

Como destaca el Tribunal Supremo en su Sentencia 2657/2016, de 19 de diciembre de 2016, en ninguno de estos preceptos se exige, para esta clase de protección, la existencia de una persecución, (la cual sí es un requisito básico para la concesión de asilo): «Repetimos, ni en el artículo 4 ni en el artículo 10 se exige la existencia de una persecución, a diferencia del derecho de asilo, en el cual, según el artículo 3 de esa misma ley, se exige como requisito básico y fundamental "el temor a ser perseguido"» (FJ.º 4.1).

La protección subsidiaria, por tanto, exige solo la creencia de enfrentarse a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de la Ley

[768] ACNUR, *Manual sobre procedimientos y criterios*…, Reedición de Ginebra, *op.cit*., p. 21.

[769] Art. 10 Ley 12/2009: «Constituyen los daños graves que dan lugar a la protección subsidiaria prevista en el artículo 4 de esta Ley: a) La condena a pena de muerte o el riesgo de su ejecución material; b) la tortura y los tratos inhumanos o degradantes en el país de origen del solicitante; c) las amenazas graves contra la vida o la integridad de los civiles motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto internacional o interno».

12/2009, a saber, la condena a pena de muerte o el riesgo de su ejecución material, la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, o las amenazas graves contra la vida o la integridad de los civiles, motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto internacional o interno. En ninguno de estos supuestos se habla de la necesidad de una persecución por alguno de los motivos del artículo 3, según se desprende de la sentencia referida por el TS.

En esta misma línea, la STS 538/2017, de 28 de marzo de 2017, destaca la profunda diferencia que existe entre el derecho de asilo y el derecho a la protección subsidiaria:

«(...) que se manifiesta de entrada en la propia Exposición de Motivos de la Ley 12/2009, donde se habla de las "diferencias que pueden existir entre las causas que justifican uno y otro régimen de protección"; con ello queda dicho que esas causas pueden ser distintas en una y otra figura, de forma que no hay razón para exigir en la protección subsidiaria las mismas causas que posibilitan el derecho de asilo» (FJ.º II).

Ello se deduce también del texto de la propia Ley, cuyo artículo 4 parte de la base de que para otorgar la protección subsidiaria no tienen por qué existir los mismos requisitos de la obtención del asilo, pues, de otra forma, la protección subsidiaria sería una figura superflua.

D. Abuso equivalente a persecución

En ocasiones se hace referencia al ejercicio del abuso grave sobre la persona que huye como un equivalente al concepto de persecución, como sucede, por ejemplo, al considerar que, si bien hombres y mujeres podrían padecer el mismo tipo de daños, también existe la posibilidad de que sufran formas de persecución específicas conforme a su sexo. El Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho penal internacional reconocen claramente que ciertos actos, como la violencia sexual, incumplen con estos estándares, y defienden su inclusión como forma grave de abuso equivalente a persecución[770] (aunque también puede ser considerada como tratos inhumanos o degradantes, tal y como exponemos en el capítulo siguiente). En este sentido, el Derecho internacional puede llevar a determinar el carácter persecutorio de ciertos actos. La violación y otras formas de violencia de género, tales como la violencia relacionada con la dote, la mutilación genital femenina, la violencia doméstica y la trata de personas, constituyen actos que ocasionan un profundo sufrimiento y daño tanto mental como físico, y que han sido utilizadas también como mecanismos de persecución, tanto por agentes estatales como por particulares.

[770] ACNUR, *Manual sobre procedimientos y criterios*…, Reedición de Ginebra, *op.cit*., p. 3.

Incluso aunque un Estado determinado haya prohibido una práctica persecutoria (por ejemplo, la mutilación genital femenina), podría continuar tolerando o condonando dicha práctica, o no poder detenerla eficazmente. Por otro lado, que una ley haya sido promulgada para prohibir o denunciar ciertas prácticas persecutorias no será fundamento suficiente para determinar la invalidez de la solicitud de la condición de refugiado de una persona.

Asimismo, cuando la pena o sanción aplicada por incumplimiento de una ley o política sea excesivamente genérica y conlleve una dimensión de género, equivaldría a persecución. Así, por ejemplo, la imposición de una pena severa a mujeres que, al violar la ley, transgreden las costumbres o valores sociales, podría equivaler a persecución.

En el caso de las leyes o políticas cuyos objetivos sean justificables, los métodos de implementación que tengan consecuencias de carácter severamente lesivo para la persona afectada equivalen a persecución. Por ejemplo, la planificación familiar ha sido ampliamente aceptada como una respuesta adecuada ante las presiones demográficas. Sin embargo, la implementación de dichas políticas mediante prácticas como el aborto provocado y la esterilización forzosa, constituirían una violación de los derechos humanos. Tales prácticas serían reconocidas como formas de abuso y se consideran persecutorias, a pesar de que puedan estar siendo realizadas en el contexto de una ley legítima[771].

E. Discriminación como acto equivalente a persecución

A pesar de que existe un consenso generalizado considerando que la mera discriminación en sí misma no supone persecución, un patrón de discriminación o de trato menos favorable podría equivaler a persecución y requerir de la protección internacional. Se considera persecución si las medidas de discriminación tuvieran consecuencias de carácter severamente lesivo para la persona implicada, por ejemplo, si limitaran gravemente su derecho a trabajar, a practicar su religión o a tener acceso a los servicios educativos normalmente asequibles.

Igualmente es relevante, en el caso de las solicitudes por motivos género, el análisis de las formas de discriminación del Estado cuando no cumple con la obligación de brindar protección a personas amenazadas. Si el Estado, de forma discriminatoria, no reconoce ciertos derechos ni concede protección contra abusos graves, puede equivaler a persecución. En este contexto, también se podrían analizar los casos individuales de

[771] Véase ACNUR, *Directrices sobre protección internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967*, HCR/GIP/02/01, 7 de mayo de 2002.

violencia doméstica o abusos motivados por la orientación sexual a los que nos referiremos más adelante[772].

F. Persecución motivada por la orientación sexual

En ocasiones, las solicitudes de la condición de refugiado están basadas en la orientación sexual, que además contienen un componente de género cuando el solicitante de asilo ha sido víctima de acciones persecutorias (incluyendo la discriminación) por razones de su sexualidad o prácticas sexuales. Las solicitudes más comunes incluyen a homosexuales, transexuales y travestidos, a los que se somete a hostilidad pública, violencia, abuso o discriminación severa o concurrente. El artículo 1.A de la Convención de Ginebra de 1951, así como en los artículos 3 y 7.e) de nuestra Ley 12/2009 vienen a reconocer expresamente la persecución por motivos de género.

La población LGTBI sufre con frecuencia la penalización, incluyendo la pena de muerte en algunos países, torturas, tratos degradantes[773]. En ciertas sociedades en donde la homosexualidad es ilegal, la penalización por conducta homosexual podría equivaler a persecución (o incluso a tratos inhumanos o degradantes). Incluso cuando las prácticas homosexuales no sean penalizadas, un solicitante podría pedir protección en situaciones en las que el Estado tolere las prácticas discriminatorias o los perjuicios perpetrados en su contra, o en las que el Estado no esté en capacidad de brindar protección eficaz contra tales perjuicios.

Del mismo modo que podría hacerlo una mujer que se negara a usar un velo en ciertas sociedades. En esta categoría también incluimos a la violencia conyugal en países donde se considera legítima por las autoridades, tal es el caso de Afganistán[774]. Igualmente, podría considerarse violencia en caso de riesgo de crímenes de honor, sin embargo, es frecuente la no admisión de la solicitud[775].

G. La trata de personas para la prostitución o explotación sexual forzosa como una forma de persecución

Los menores o las mujeres víctimas de la trata de personas se podrían calificar como refugiados en virtud de la Convención de 1951[776]. Dentro de la persecución por

[772] Véase ACNUR, *Manual sobre procedimientos y criterios*…, Reedición de Ginebra, *op.cit*., párr. 54.
[773] Véase la interpretación de la STJUE de 12-02-2014.
[774] Véase la STEDH de 20 de julio de 2010, *N.c. Suecia*, que analizaremos en el capítulo siguiente.
[775] STEDH de 27 de junio de 2013, *D.N.M. c. Suecia.*
[776] La «trata de personas» se define en el artículo 3 del Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del 2000. El Artículo 3(1) concibe la «trata de personas» como «la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al

motivos de género, se incluyen como actos de persecución los «actos de violencia física o psíquica, incluidos los actos de violencia sexual» y «la trata de personas para la prostitución y explotación sexual»[777].

Se considera por ACNUR que el reclutamiento o captación forzosa o mediante engaño de mujeres o menores para la prostitución o la explotación sexual es una forma de violencia o abuso por motivos de género que puede llevar incluso a la muerte. Igualmente, puede ser considerada como una forma de tortura y trato cruel, inhumano o degradante. También puede imponer serias restricciones a la libertad de circulación de una mujer, debido al secuestro, encarcelamiento o confiscación de pasaportes y otros documentos de identificación. Además, las mujeres y los menores víctimas de la trata de personas pueden sufrir serias repercusiones después de la huida y/o una vez retornados, tales como represalias por parte de los individuos o redes de traficantes, la probabilidad de volver a ser objeto de la trata de personas, grave ostracismo por parte de la comunidad y la familia o discriminación severa.

Asimismo, de conformidad con las *Directrices Sobre Protección Internacional en relación con las víctimas de trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de trata* de ACNUR:

«Las circunstancias en el país de origen o de residencia habitual del solicitante constituyen el principal punto de referencia para determinar la existencia de un temor fundado de persecución. Dependiendo del grado de complejidad de la red de trata, los solicitantes podrían haber sufrido abusos, o continuar temiendo que estos ocurran, en varios lugares, entre ellos, los países a través de los cuales, han transitado, el Estado en el cual se presentó la solicitud de asilo y el país de origen»[778].

Finalmente, las Directrices exigen que la solicitud de estas víctimas sea examinada por el procedimiento ordinario (incluso aunque se presenten en puestos fronterizos), circunstancia que ha servido, principalmente, para admitir algún recurso en el ámbito

---

rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos».

[777] Véase ACNUR, *Directrices sobre protección internacional: La persecución por motivos de género…, op.cit.*, donde se señala que la violencia de género implica actos que ocasionan un profundo sufrimiento y daño tanto mental como físico y que han sido utilizados como mecanismos de persecución.

[778] ACNUR, *Directrices sobre Protección Internacional: La aplicación del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata*, HCR/GIP/06/07, 7 de abril de 2006, párr. 27.

interno iniciado como un procedimiento de urgencia en lugar de usar la vía ordinaria en una solicitud que alegaba explotación sexual[779].

H. ¿Quién persigue?

La persecución a la que se refiere la Convención de Ginebra de 1951 es la efectuada desde el Estado, pero también se extiende a la persecución por agente distinto del Estado, cuando el Estado la tolera, se niega a proporcionar una protección eficaz o es incapaz de hacerlo. En el ámbito europeo esta afirmación queda confirmada por el artículo 5 de la Posición Común de 4 de marzo de 1996, definida por el Consejo de Ministros de Justicia e Interior de la Unión Europea sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, *relativa a la aplicación armonizada de la definición del término «refugiado» conforme el artículo 1 de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*[780], admitiendo la persecución por terceros, cuando estén fomentadas o autorizadas por los poderes públicos, o estos permanezcan inactivos[781].

Por tanto, dentro del concepto para definir a una persona como refugiada cabe considerar como agentes de persecución, tanto a los estatales como a los que no lo son. Si bien "los actos de persecución son normalmente perpetrados por las autoridades de un país, el trato gravemente discriminatorio y otro tipo de ofensas perpetradas por la población local o por individuos pueden equipararse a persecución si las autoridades los toleran de manera deliberada o si estas se niegan a proporcionar una protección eficaz o son incapaces de hacerlo"[782].

En nuestro ordenamiento, la Ley 12/2009 incluye también un tercer tipo de agente perseguidor: los partidos u organizaciones que controlen el Estado o una parte considerable del territorio (artículo 13).

Cabe destacar que la Convención de Ginebra de 1951 reconoce protección a las víctimas de la persecución con independencia de que el agente perseguidor sea o no estatal. Sin embargo, los Estados han hecho una interpretación más restrictiva, poniendo trabas a la protección de las personas refugiadas discriminando la perpetrada bajo la pasividad, tolerancia o incapacidad de protección del Estado.

---

[779] Sentencia de 14 octubre 2020 de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª).
[780] Documento 96/196/JAI.
[781] Véanse las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 11 de mayo y de 2 de noviembre de 2001.
[782] Véase ACNUR, *Manual sobre procedimientos y criterios*…, Reedición de Ginebra, *op.cit*., párr. 65.

Volviendo al caso español, el TS ha venido a precisar este concepto, en la STS 7884/2006, de 14 diciembre 2006, afirmando que:

«(…) Debe recordarse a estos efectos que la persecución a la que se refiere la Convención de Ginebra de 1951 es la efectuada desde el Estado, que se extiende a la persecución por agente distinto del Estado, cuando el Estado tolera la persecución, o se niega a proporcionar una protección eficaz o es incapaz de hacerlo (…)» (F.J.º3).

I. Motivos reconocidos expresamente de persecución: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas

Los motivos referidos en la Convención, cuya interpretación ha ido evolucionando con las circunstancias y el contexto histórico, a menudo, no son compartimentos estancos y sus límites se entremezclan en muchas ocasiones. Continuando con la guía que de las Directrices elaboradas por Naciones Unidas, vamos a delimitar brevemente la motivación de la persecución necesaria para reconocer, con carácter general, la protección internacional.

1. Raza

El concepto de raza debe entenderse en su sentido más amplio, abarcando todos los grupos étnicos. La discriminación por motivos de raza ha sido condenada universalmente como una de las violaciones más palmarias de los derechos humanos[783], siendo uno de los motivos tradicionalmente alegados para determinar la existencia de persecución. Generalmente, el mero hecho de pertenecer a un grupo racial determinado no será suficiente para justificar la reclamación de la condición de refugiado. Sin embargo, como veremos más adelante, pueden darse situaciones en que, por las circunstancias especiales en que se encuentre el grupo, tal pertenencia sea de por sí causa bastante para temer la persecución.

2. Religión

La Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos proclaman el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, derecho que incluye la libertad de cambiar de religión y la libertad de manifestar su religión, tanto en público como en privado. La persecución por «motivos de religión» puede adoptar diversas formas, por ejemplo, la prohibición de pertenecer a una comunidad religiosa, del culto en privado o en público, de la instrucción

[783] Véase capítulo 2.

religiosa, o bien graves medidas de discriminación impuestas a las personas debido a la práctica de su religión o por pertenecer a una determinada comunidad religiosa. Al igual que la raza, el mero hecho de pertenecer a una comunidad religiosa determinada no bastará para justificar la reclamación de la condición de refugiado. Sin embargo, en ciertas circunstancias especiales, puede ser una razón suficiente[784].

3. Nacionalidad

En este contexto, el término «nacionalidad» debe entenderse en sentido amplio, lo que incluye también la pertenencia a un grupo étnico o lingüístico y, a veces, puede coincidir con el concepto de «raza». La persecución por motivos de nacionalidad puede consistir en medidas y comportamientos contrarios a una minoría nacional (étnica, lingüística) y, en determinadas circunstancias, el hecho de pertenecer a esa minoría puede suscitar fundados temores de persecución. La coexistencia dentro de las fronteras de un Estado de dos o más grupos nacionales (étnicos, lingüísticos) puede crear situaciones de conflicto y de persecución o peligro de persecución.

4. Pertenencia a determinado grupo social

Un «determinado grupo social» suele comprender personas de antecedentes, costumbres o condición social similares. En ocasiones, el temor alegado por una persona de ser perseguida por este motivo puede coincidir con sus temores de serlo también por otros, como su raza, su religión o su nacionalidad. Como hemos apuntado con otros motivos, el mero hecho de pertenecer a determinado grupo social no será suficiente para justificar la reclamación de la condición de refugiado. Sin embargo, en ciertas circunstancias especiales, la mera pertenencia podría ser causa bastante para temer la persecución.

5. Opiniones políticas

Expresar opiniones políticas diferentes de las de los poderes públicos no es suficiente para solicitar la condición de refugiado, por lo que es preciso mostrar temor de ser perseguido por sostener tales opiniones. No siempre es posible establecer un nexo causal entre la opinión expresada y las consecuencias que sufre o teme el solicitante. A menudo, las consecuencias por las opiniones políticas divergentes se presentan en forma de sanciones por presuntos actos delictivos contra el poder establecido. Por consiguiente, será necesario determinar si tales opiniones políticas del solicitante han dado lugar o pueden dar lugar a la persecución de que, según sus alegaciones, teme ser víctima.

[784] Véase, por ejemplo, la STEDH de 6 de junio de 2013, asunto *M.E.c. Francia*, relativa a un cristiano copto en Egipto que huye de las persecuciones que sufre en su país a Francia.

Es importante destacar, como precisa ACNUR en su *Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado,* que «el solicitante que alega el temor de ser perseguido a causa de sus opiniones políticas no necesita demostrar que las autoridades de su país de origen conocían sus opiniones antes de que lo abandonase»[785]. «El mero hecho de que se niegue a acogerse a la protección de los poderes públicos de su país o a regresar a este puede revelar sus temores de ser perseguido», por lo que los temores fundados se basarían en «una evaluación de las consecuencias que el solicitante que mantiene determinada actitud política tendría que afrontar si regresara a su país. Esto se aplica en particular al llamado refugiado *sur place*»[786].

Cuando una persona es objeto de enjuiciamiento o castigo por un delito político, habrá que distinguir si el enjuiciamiento es por opiniones políticas o por actos con una motivación política. Si se trata de enjuiciar un acto punible cometido por motivos políticos, y el castigo previsto está en conformidad con la legislación general del país de que se trate, el temor de tal enjuiciamiento no constituiría de manera automática al solicitante en un refugiado.

En caso de delito con motivación política como base para solicitar la condición de refugiado, se tendrán en consideración varios factores para poner de manifiesto que la persona de que se trata tiene temores de ser perseguida y no solo temores de ser objeto de enjuiciamiento y castigo, conforme a la ley, por un acto que ha cometido. Así se valorará si el enjuiciamiento por un delito puede ser un pretexto para castigar al delincuente por sus opiniones políticas o por la manifestación de las mismas. Por otra parte, se entiende que si un delincuente político quedara expuesto a un castigo arbitrario o excesivo por el presunto delito, tal castigo arbitrario o excesivo sería equiparable a la persecución.

Igualmente, para considerar a un delincuente político como refugiado, también hay que tener en cuenta otros elementos: la personalidad del solicitante, sus opiniones políticas, la motivación del acto, la naturaleza del acto realizado, la naturaleza del enjuiciamiento y sus motivos y, por último, también la naturaleza de la ley en que se basa el enjuiciamiento[787].

J. Puntos débiles de la protección de otorga la Convención

Para finalizar con esta aproximación a las principales líneas de protección al refugiado que otorga la Convención, vamos a señalar las carencias más relevantes que merecerían una reflexión en aras de mejorar la protección de los solicitantes de refugio.

[785] ACNUR, *Manual sobre procedimientos y criterios*…, Reedición de Ginebra, *op.cit*., párr. 83.
[786] *Ibid*.
[787] Véase, en global, ACNUR, *Manual sobre procedimientos y criterios*…, Reedición de Ginebra, *op.cit*.

Así, partiendo de los orígenes de la Convención en un contexto postguerra, en la actualidad, quizás resulta desfasada la tipología que se contempla en la misma, considerando los «nuevos» refugiados resultantes de otros tipos de violencia, de las consecuencias del cambio climático y/o de la persecución basada en el género que, aunque se entiende incluida como causa de persecución en determinadas circunstancias, no aparece expresamente recogido como motivo de persecución.

Por otro lado, no contempla, entendemos, con la importancia debida las preocupaciones de los Estados relativas a la seguridad, en particular el terrorismo y la delincuencia organizada, no se ocupa de la cuestión de la admisión, ni obliga al Estado de refugio a conceder asilo, por lo que se trata de un derecho más bien del Estado de concederlo, ni tampoco establece la distribución de responsabilidades entre los distintos agentes que pueden estar implicados.

Finalmente, su alcance no comprende a los desplazados internos y no se ocupa de la mejor gestión de las migraciones internacionales. A pesar del Protocolo de 1967, insuficiente para resolver estas cuestiones, algunas de las carencias citadas se han intentado resolver en el plano regional, tal y como veremos. Así, por ejemplo, podemos citar la Convención de la Organización de la Unidad Africana (Unión Africana) que regula los aspectos propios de los problemas de los refugiados en África, de 1969[788], o en el ámbito americano, la Declaración de Cartagena de 1984; mientras que en Europa el desarrollo de la doctrina de la protección se ha desarrollado sobre la base del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, además de los instrumentos desarrollados sobre la protección internacional, la protección «subsidiaria» o «complementaria» en el marco del sistema de la Unión Europea[789].

II. PRINCIPAL PROTECCIÓN DEL SOLICITANTE DE ASILO. LOS ELEMENTOS ESENCIALES PARA CONSTRUIR EL PRINCIPIO DE *NO DEVOLUCIÓN*

Dentro del derecho de asilo, uno de los aspectos más importantes, por cuanto afecta al objeto de este trabajo, es su ámbito protector frente a la expulsión que supone el principio conocido como *non refoulement* (o no devolución o expulsión). Sin embargo,

[788] Puede verse, por ejemplo, GARRIDO Rui; y MAIA, Catherine, "A regulação dos fluxos de deslocados internos no Direito da União Africana: o Estado da arte em Moçambique", en Desafíos jurídicos en la gestion internacional y europea de los flujos migratorios: una mirada luso-española (José Martín y Pérez de Nanclares y Daniel González Herrera, coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 113-129.

[789] GOODWIN-GILL, G.S., *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados*, United Nations Audiovisual Library of International Law, UN, 2008, pp. 9 y 10.

es importante matizar que el asilo y otros conceptos como *non refoulement*, no extradición u obligación de admisión, no son, sin embargo, conceptos sinónimos.

De ese modo, no podemos afirmar que siempre que un Estado tenga una obligación de admisión o de no «expulsión» (en sentido amplio) tenga también la obligación de conceder asilo. Sin embargo, el carácter «inexpulsable» de un individuo obliga al Estado a permitirle su permanencia en él, y de este modo a concederle una suerte de «asilo», entendido no necesariamente como estatus jurídico-formal, sino en sentido amplio, como una protección duradera frente a la persecución de otro Estado, independientemente del nombre que reciba. Lo innegable es que, dentro del derecho de asilo, un principio fundamental es el *non refoulement.*

A. Asilo, refugio y figuras afines

A pesar de que la línea divisoria entre ambos conceptos es difusa, podemos comenzar afirmando que el asilo se distingue del refugio en que este último constituye una protección transitoria, hasta que el Estado adopte una decisión sobre la situación del individuo. El asilo, por el contrario, constituye una protección duradera frente a la persecución. Sin embargo, tanto el asilo como el régimen de protección de refugiados son temporales por naturaleza, ya que resultan de aplicación mientras perduren las causas que dieron lugar a la huida.

Se diferencian, por otro lado, de la llamada protección «temporal» (independientemente del nombre que en cada Estado reciba, y que generalmente se denomina «protección temporal para desplazamientos masivos» y «estatuto humanitario» o «de tipo B» para aquellos a quienes no se reconoce la condición de refugiado del artículo 1(A) de la Convención de Ginebra), pues además de que supone un menor número de derechos reconocidos, en el primer caso, una vez que el Estado ha concedido asilo o el estatuto de refugiado, la carga de la prueba para su retirada recae sobre el propio Estado, el cual deberá demostrar que el individuo se encuentra fuera de peligro.

La protección de carácter temporal, por el contrario, desplaza la carga de la prueba hacia el individuo, quien una vez expirada la vigencia de su permiso de estancia deberá demostrar que todavía sigue necesitando la protección del Estado de acogida. Esta situación tiene como resultado la expulsión creciente de personas hacia sus países de origen, al no poder demostrar que continúan necesitando protección, y por lo tanto en una contradicción con el principio internacional de *non refoulement*.

Diez de Velasco, por su parte, define el asilo como «la protección que un Estado ofrece a unas personas que no son nacionales suyos y cuya vida o libertad están en peligro por actos, amenazas y persecuciones de las autoridades de otro Estado, o incluso por

personas o multitudes que hayan escapado al control de dichas autoridades»[790]. Se trata de un concepto más amplio que el de refugiado, que es de un alcance más limitado.

Del Valle Gálvez señala que, en realidad, «el asilo sería un conjunto de garantías provisionales de entrada y estancia, que se concede a un extranjero por el Estado de acogida, discrecionalmente y con carácter previo al reconocimiento jurídico administrativo del estatuto de refugiado de la Convención de Ginebra» o «la posterior protección territorial del Estado, consecuencia de la determinación de la condición de refugiado, que se concede según las normas internas estatales articuladas sobre la base de la Convención de Ginebra»[791].

En todo caso, no existe norma internacional alguna que imponga a los Estados la obligación de conceder asilo, por tanto, los solicitantes de asilo no son titulares de un derecho subjetivo a su obtención[792]. Por el contrario, como apunta Gortázar Rotaeche, el refugio es una institución jurídica internacionalmente regulada, respecto de la que los Estados, con base en el Convenio de Ginebra de 1951, han asumido una serie de obligaciones[793].

Ante estas diferentes matizaciones sobre el asilo y el refugio vamos a quedarnos con la postura de López Garrido, para quien, en la actualidad, no puede mantenerse una distinción tan clara entre ambas instituciones, ya que «las figuras de asilo y el refugio, y sus expresiones jurídicas, son dimensiones o grados de un concepto básico único que es el derecho de asilo»[794].

---

[790] DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1994. p. 629. Véanse, entre otros, MARIÑO MENÉDEZ, F.M., «La singularidad del asilo territorial en el ordenamiento internacional y su desarrollo regional en el derecho europeo» en MARIÑO MENÉDEZ, F.M, *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI – Homenaje al Profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 463-472; GIL BAZO, M.T., «La protección internacional del derecho del refugiado a recibir asilo en el Derecho internacional de los derechos humanos» en MARIÑO MENÉDEZ, *op.cit*., pp. 681-693; WOUTERS, C., «International refugee and human rights law: partners in ensuring international protection and asylum» en RODLEY, N. y SHEERAN, S (eds.), *Handbook on International Human Rights Law*, Routledge, London, 2013, pp. 231-244; FÉRNANDEZ J. y LALY-CHEVALIER, C. (dir.), *Droit d'asile. État des lieux et perspectives*, Pedone, Paris, 2015; SLINGENBERG, L., *The Reception of Asylum Seekers Under International Law: Between Sovereignty and Equality*, Bloomsbury Publishing Plc, London, 2016 y WESTRA, L.; SATVINDER, J. y SCOVAZZI, T. (dirs.), *Towards a Refugee Oriented Right of Asylum*, Routledge, London, 2016.

[791] DEL VALLE GÁLVEZ, J.A en LÓPEZ ESCUDERO, M. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coords.), *Derecho comunitario Material*, McGrawHill, Madrid, 2000, p. 57.

[792] GIL-BAZO, M.T., «Asylum as a General Principle of International Law», *International Journal of Refugee Law*, vol. 27, núm. 1, 2015, pp. 3-28.

[793] GORTÁZAR ROTAECHE, C.J., *Derecho de asilo y "no rechazo" del refugiado*, Dykinson-Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1997, p.148.

[794] Véase LÓPEZ GARRIDO, D., *El derecho de asilo*, Trotta-Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1991.

B. Principio de non refoulement y sus excepciones

El principio de *non refoulement* aparece recogido en el artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951 del siguiente modo:

«1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas».

Pero al mismo tiempo, recoge la excepción a este principio en el artículo 32.1, según el cual «los Estados Contratantes no expulsarán a refugiado alguno que se halle legalmente en el territorio de tales Estados, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público».

Por su parte, el propio artículo 33.2 de la citada Convención, establece que:

«No podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país»[795].

Vemos como en principio delimita esta protección para quien se encuentre legalmente en el país, a pesar de que el Derecho internacional universal no establece diferencia alguna entre el estatus legal o ilegal del migrante, o si es solicitante de asilo, en lo que se refiere a la aplicación de la normativa referida al *non refoulement*. Tampoco establece diferenciación alguna entre la medida de expulsión y la de devolución o *refoulement* a los meros efectos de aplicar el artículo 33.1 y de proteger a la persona frente a la persecución. Más bien, ambas medidas deben interpretarse en un sentido análogo, tomando como referencia expresa el citado artículo 33.1, expresión legal del principio de *non refoulement* y el artículo 32 del mismo instrumento, que se pronuncia exclusivamente sobre la medida de «expulsión». Esta expulsión, únicamente podrá efectuarse a través de «una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes» en el Derecho interno del Estado en cuestión y de conformidad con el derecho a la tutela judicial efectiva

[795] Desde el principio hubo discrepancias al respecto. Esto ya quedó patente en el marco de los trabajos preparatorios de la Convención de Ginebra de 1951. Así, mientras que países como el Reino Unido, Israel y Suiza expresaron el deseo de expulsar legalmente a un extranjero «indeseable» en casos excepcionales, el representante de los Estados Unidos consideró altamente «indeseable» que de alguna manera se menoscabara la prohibición de devolución a un territorio donde una persona estuviera en riesgo de muerte o persecución, incluso en casos muy excepcionales. Del mismo modo, el representante francés consideró inhumano este impedimento y contrario al propósito de la Convención. Así, mientras que la no devolución fue considerada tan fundamental que no debería permitir excepciones, hubo una evidente renuencia a reconocer un derecho internacional de asilo. *Cfr*. WEIS, P., *The Refugee Convention, 1951: The Travaux préparatoires analysed with a Commentary by Dr. Paul Weis*, Cambridge University Press, New York, 1990, pp. 234-235.

y en el marco de un proceso con las debidas garantías, permitiendo al refugiado «presentar pruebas exculpatorias, formular recurso de apelación y hacerse representar a este efecto ante la autoridad competente o ante una o varias personas especialmente designadas por la autoridad competente» (artículo 32.2).

En caso de que la decisión de expulsión sea firme se concederá a este «un plazo razonable dentro del cual pueda gestionar su admisión legal en otro país», si bien «los Estados Contratantes se reservan el derecho a aplicar durante ese plazo las medidas de orden interior que estimen necesarias»[796]. Entendemos que la intención de los redactores de la Convención de 1951 era considerar la expulsión como una excepción, de ahí la necesidad de interpretar las razones que la justifican de manera restrictiva, en consonancia con la naturaleza humanitaria de la Convención.

Otra de las cuestiones a debate en su momento fue si el principio de *non refoulement* era aplicable a los casos de extradición. En el marco de la Conferencia de Plenipotenciarios, las delegaciones estatales acordaron que «la cuestión de los tratados de extradición entre países de refugio y países de persecución no competía a la Convención», con el fin de preservar así la autonomía de los tratados de extradición. El tenor literal del artículo 33.1 de la Convención de 1951 guarda silencio al respecto y, en consecuencia, se ha interpretado que el refugiado o solicitante de asilo objeto de una solicitud formal de extradición por parte de las autoridades del país de persecución no se vea amparado por la protección contra el *refoulement.*

Sin embargo, esta laguna jurídica en caso de extradición, para Goodwin-Gill, ha puesto de manifiesto que la protección frente al *refoulement* se extiende a los supuestos de extradición; en esta misma línea se muestran instrumentos jurídicos internacionales y regionales[797]. Así, el Convenio Europeo sobre la Extradición de 1957, considerado la máxima expresión del principio de *non refoulement* aplicado al contexto del derecho de extradición, establece en su artículo 3.2 que no se concederá la extradición:

«Si la Parte requerida tuviere razones fundadas para creer que la solicitud de extradición, motivada por un delito de naturaleza común, se ha presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas o que la situación de dicha persona corre el riesgo de verse agravada por una u otra de tales consideraciones»[798].

---

[796] BERTOMEU NAVARRO, A., *El Principio de non-refoulement. Aproximación a su reconocimiento y tutela en el Derecho Internacional, Europeo y Español*, ADDI, 2018, pp. 161-162.

[797] Véase GOODWIN-GILL, G.S., *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, op.cit.*

[798] Esta cláusula será igualmente incorporada a nivel regional en el art. 5 del Convenio Europeo sobre Represión del Terrorismo de 1977: «Ninguna disposición del presente Convenio debe ser interpretada como que implica una obligación de entregar si el Estado requerido tiene serias razones para creer que la solicitud de extradición (…) haya sido presentada al objeto de perseguir o castigar a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas o cuando la situación de dicha persona corra el riesgo

Igualmente, la Convención internacional contra la Toma de Rehenes de 1979, en su artículo 9.1. a), dispone que:

«No se accederá a la solicitud de extradición de un presunto delincuente, de conformidad con la presente Convención, si el Estado Parte al que se presenta la solicitud tiene motivos fundados para creer: a) que la solicitud de extradición (…) se ha hecho con el fin de perseguir o castigar a una persona por causa de su raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opinión política (…)».

En la misma línea, el artículo 21 del Convenio del Consejo de Europa para la Prevención del Terrorismo, establece que:

«Ninguna disposición del presente Convenio se interpretará en el sentido de que implique una obligación de extraditar o de conceder la asistencia judicial, si la Parte requerida tiene serias razones para considerar que la demanda de extradición (…) o de asistencia judicial (…), ha sido presentada para perseguir o castigar a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad, origen étnico o de opiniones políticas, o que la situación de dicha persona corra el riesgo de agravarse por una u otra de dichas razones».

Dicho artículo añade lo siguiente:

«2. Ninguna disposición del presente Convenio se interpretará en el sentido de que implique una obligación de extraditar si la persona objeto de la demanda de extradición corre el riesgo de quedar expuesta a la tortura o a penas o tratos inhumanos o degradantes;

3. Ninguna disposición del presente Convenio se interpretará en el sentido de que implique una obligación de extraditar si la persona objeto de la demanda de extradición corre el riesgo de que se le imponga la pena de muerte o, cuando la ley de la Parte requerida no permita la pena privativa de libertad a perpetuidad, de que se le imponga la pena privativa de libertad a

---

de agravarse por una u otra de estas razones». Asimismo, en el art. 4 de la Convención Interamericana sobre la Extradición, de 1981: «La extradición no es procedente; 1. Cuando el reclamado haya cumplido la pena correspondiente o haya sido amnistiado, indultado o beneficiado con la gracia por el delito que motivo la solicitud de extradición, o cuando haya sido absuelto o se haya sobreseído definitivamente a su favor por el mismo delito; 2. Cuando esté prescrita la acción penal o la pena, sea de conformidad con la legislación del Estado requirente o con la del Estado requerido, con anterioridad a la presentación de la solicitud de extradición; 3. Cuando el reclamado haya sido juzgado o condenado o vaya a ser juzgado ante un tribunal de excepción o ad hoc en el Estado requirente; 4. Cuando con arreglo a la calificación del Estado requerido se trate de delitos políticos, o de delitos conexos o de delitos comunes perseguidos con una finalidad política. El Estado requerido puede decidir que la circunstancia que la víctima del hecho punible de que se trata ejerciera funciones políticas no justifica por si sola que dicho delito será calificado como político; 5. Cuando de las circunstancias del caso pueda inferirse que media propósito persecutorio por consideraciones de raza, religión o nacionalidad, o que la situación de la persona corra el riesgo de verse agravada por alguno de tales motivos; 6. Con respecto a los delitos que en el Estado requerido no puedan perseguirse de oficio, a no ser que hubiese querella, denuncia o acusación de parte legítima». Véase, también, la Convención Interamericana contra el Terrorismo, arts. 11, 12 y 13, aprobada en Sesión plenaria de la Asamblea General de la Organización de Estados Interamericanos del 3 de junio de 2002 (AG/RES. 1840 (XXXII-O/02)).

perpetuidad sin posibilidad de remisión de la pena, a menos que la Parte requerida tenga la obligación de extraditar conforme a los tratados de extradición aplicables, si la Parte requirente proporciona garantías consideradas suficientes por la Parte requerida de que no se impondrá la pena capital o, en el caso de que se imponga, la misma no será ejecutada, o de que la persona afectada no será sometida a una pena privativa de libertad a perpetuidad sin posibilidad de remisión de la pena».

ACNUR se pronunció en el mismo sentido en 1981 con la Recomendación n.º R (80) 9 sobre la Extradición a Estados no Partes del Convenio Europeo de Derechos Humanos[799], recomendando a los Gobiernos de los Estados miembros:

«Que no concedan la extradición cuando la solicitud de extradición emane de un Estado que no sea parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos y tenga serias razones para pensar que la solicitud ha sido presentada con objeto de perseguir o castigar al interesado por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas o que la situación de dicha persona pueda agravarse por una de esas razones».

Por otro lado, cabe añadir a este ámbito de protección las denominadas «cláusulas de discriminación», según las cuales la extradición puede o debe ser denegada cuando esta se solicita por motivos políticos o con intenciones discriminatorias o persecutorias, constituyendo un acontecimiento más reciente en el derecho de extradición[800].

Por tanto, salvo las excepciones que hemos señalado, la prohibición contenida en el artículo 33 se entiende en el sentido de prohibir toda medida de retorno, cualquiera que sea la forma que adopte (denegación de entrada, expulsión, devolución, extradición, etc.), independientemente de su calificación jurídica en Derecho interno, puesto que, desde nuestro punto de vista, lo determinante en esta cuestión no es la forma que adopte la medida mediante la cual el refugiado o solicitante de asilo sea retornado, sino su destino, es decir, la protección frente a su retorno.

C. Las excepciones a la protección frente a la expulsión conforme a la Convención

El principio de *non refoulement*, tal y como hemos venido diciendo, no es absoluto ya que admite excepciones. A continuación, vamos a describir brevemente estas circunstancias que permiten no aplicar el no retorno del extranjero que supone este principio.

[799] Adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 27 de junio de 1980.
[800] Véase, ACNUR, *Nota de orientación sobre la extradición y la protección internacional de los Refugiados*, Sección de Políticas de Protección y Asesoría Legal, Ginebra, abril de 2008, p. 5 y pp. 20-23.

1. Amenaza para la seguridad nacional

El primero de los motivos de excepción al que nos vamos a referir es poner en peligro la seguridad nacional. A este respecto, Bollo Arocena señala que:

«No debería servir para proceder a la expulsión (…), a la devolución (y a la extradición) de un refugiado la amenaza que su presencia podría suponer para la seguridad nacional hasta que se prueba su personal participación en la comisión del acto de terrorismo internacional, aplicando analógicamente lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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»[801].

Dicho artículo 27.2 de la Directiva 2003/38/CE dispone:

«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, (…) 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».

Asimismo, para poder aplicar la excepción de «seguridad del país» al principio de *non refoulement*, según ACNUR, debe existir una «prueba individualizada de que el refugiado en realidad representa un peligro en la actualidad o en el futuro para el país de acogida. Este peligro debe ser grave, nunca de menor grado, y deberá considerarse un peligro para la seguridad nacional del país de acogida», no para otro Estado, o para la Comunidad Internacional en su conjunto.

2. Condena firme

La segunda de las excepciones se refiere a la existencia de una condena firme, pues la expulsión, extradición o devolución no cabe si el refugiado dispone de vías de recurso en el marco del sistema jurisdiccional de que se trate. En todo caso, puede tratarse de un delito cometido tanto dentro como fuera del territorio del país de refugio, pero siempre con posterioridad a su entrada en dicho territorio.

En caso de producirse con anterioridad a ser admitida como solicitante de asilo, la persona quedaría fuera de la protección de la Convención de Ginebra de 1951, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.F. b), por considerar que se trata de personas que:

[801] BOLLO AROCENA, Mª. D., «Límites personales y materiales al derecho*…, op.cit*., p. 131.

> «a) han cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos;
>
> b) han cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada; o
>
> c) han sido declaradas culpables de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas».

En estos supuestos, si bien el artículo 1.F (b) se refiere a los delitos cometidos fuera del país de refugio antes de la admisión, el artículo 33.2 guarda silencio sobre la cuestión de dónde y cuándo debió haberse cometido el delito referido. Entendemos aquí que el lugar de comisión del delito de este tipo no es tan relevante como la existencia de la condena en sí, aunque debería analizarse cada caso particular, ya que han de valorarse todas las circunstancias de cada caso concreto.

3. Amenaza para la comunidad

En tercer lugar, se requerirá que el refugiado constituya una amenaza para la comunidad del país de acogida. Al igual que con la excepción por seguridad nacional, la condición esencial de la «amenaza para la comunidad» requiere de una base sólida para valorar que el refugiado en cuestión constituye un peligro potencial para la comunidad del país de asilo en el futuro.

El término «comunidad» se refiere a la seguridad y el bienestar de la población en general, en contraste con la excepción por seguridad nacional que se centra en los intereses mayores del Estado. Cabe señalar que no todo delito particularmente grave constituye automáticamente una amenaza para la comunidad, como tampoco la existencia de condena firme será suficiente para excluir de la protección frente al *refoulement* al refugiado. Se requerirá, además, que esa amenaza sea real, actual y futura[802].

III. ARTICULACIÓN DE LA PROTECCIÓN A LOS SOLICITANTES DE ASILO EN EL ÁMBITO EUROPEO. DEL

[802] Véase la STJUE de 25 de febrero de 2016, asunto C-601/15, *J. N. y Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, párr. 65.

SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO AL PACTO EUROPEO DE MIGRACIÓN Y ASILO DE 2020

A. Introducción

Hemos señalado que la protección internacional de los refugiados fue completada por el ámbito regional, lo que, en el caso de Europa, ha estado ligado especialmente al ámbito de la protección de los derechos humanos vinculado al Consejo de Europa. Sin embargo, cabe comenzar recordando que desde este ámbito no se reconoce la existencia del derecho de asilo como tal derecho personal, ya que ni en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de Roma de 1950, ni en sus Protocolos se contempla la protección de los refugiados.

A pesar de ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo reconoce de manera implícita cuando recuerda que:

«... ante todo, los Estados Contratantes tienen, en virtud de un principio de Derecho internacional bien establecido y sin perjuicio de los compromisos que para ellos se derivan de los tratados internacionales, incluido el Convenio, el derecho de controlar la entrada, la estancia y la expulsión de los no nacionales. Sin embargo, cuando ejercen su derecho a expulsar a tales personas, deben tener en cuenta el artículo 3 del Convenio que consagra uno de los valores fundamentales de toda sociedad democrática. Esta es la razón por la que el Tribunal constantemente recuerda, en sus sentencias sobre extradición, expulsión o alejamiento de personas a terceros países, que el artículo 3 prohíbe en términos absolutos la tortura o las penas o tratos inhumanos o degradantes, por muy reprensible que haya podido ser la conducta del interesado»[803].

Cabe señalar, sin embargo, que una gran parte de los países europeos reconocían ya el derecho subjetivo al asilo en sus normas internas, incluso algunos de ellos lo hacen desde su texto fundamental; así, por ejemplo, en el artículo 10, párrafo tercero de la Constitución de Italia se establece que «el extranjero al que se impida su país en el ejercicio efectivo de las libertades democráticas garantizadas por la Constitución italiana tiene el derecho de asilo en la República, según las condiciones establecidas por la ley».

También lo reconoce el artículo 16.b la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, así como, en Francia, el artículo 53 de la Ley Constitucional 93-1256. En el caso de España la Constitución de 1978, tras una tramitación parlamentaria no exenta de polémica, reconoce el derecho de asilo en su artículo 13.4 diciendo que «la Ley

[803] STEDH de 17 enero 2006, *Aoulmi c. Francia*. Asimismo, véanse, por ejemplo, la STEDH de 17 diciembre 1996, *Ahmed c. Austria* y la STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*.

establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España».

La Unión Europea, sin embargo, sí reconoce este derecho expresamente en varios instrumentos jurídicos, siendo el primero la Carta de Derechos Fundamentales del año 2000. Hasta entonces, Europa era, junto con Asia, el único continente que no reconocía el derecho de asilo por cauces legales[804]. Será en el artículo 18 de la Carta, donde se garantizará el derecho de asilo:

«Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto a las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea».

Junto a este, el artículo 19 protege frente a las expulsiones colectivas y el principio de «no devolución»:

«1. Se prohíben las expulsiones colectivas.

2. Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes»[805].

Incluso, el TJUE ha afirmado que los refugiados gozan de una mayor protección contra la devolución en virtud de la legislación de la UE, ya que cualquier forma de expulsión con arreglo a la Directiva sobre requisitos para el reconocimiento se debe realizar de conformidad con el derecho de asilo y el principio de no devolución, tal y como se establece en los artículos 4 y 19.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE[806].

Por ello, vamos a centrarnos en este apartado, no tanto en la vulneración de los derechos recogidos en el Convenio, como en la protección internacional como refugiado que supone el principio de *non refoulement* y su reconocimiento en el marco de la UE[807].

---

[804] MORENO LAX, V., *Acceding Asylum in Euorope,* Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 365.

[805] Véanse las *Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE*, 2007/C 303/02, de 14 de diciembre de 2007; la STEDH de 17 de diciembre de 1996, *Ahmed c. Austria* y la STEDH de 7 de julio de 1989, *Soering c. el Reino Unido*.

[806] STJUE de 14 de mayo de 2019, asuntos acumulados C-391/16, C-77/17 y C-78/17, *M c. Ministerstvo vnitra y X y X c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, págs. 94 y 95.

[807] Sobre las relaciones del Derecho de la Unión Europea con el Derecho internacional y los Derechos estatales en la materia, puede verse GARCÍA ANDRADE Paula, "Derecho de la UE y gestión de los flujos migratorios: interacciones con el Derecho internacional y con el Derecho Interno", en *Desafíos jurídicos en la gestión internacional y europea de los flujos migratorios: una mirada luso-española* (José Martín y Pérez de Nanclares y Daniel González Herrera, coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 149-184.

B. El Sistema Europeo Común de Asilo

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea prevé en su art. 78 la creación de un sistema común de asilo[808], sin embargo, será a partir del Consejo Europeo de Tampere en octubre de 1999, cuando se acuerde un programa común para el desarrollo de dicho sistema, basado en la plena y total aplicación de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los refugiados de 28 de julio de 1951, completada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967, afirmando con ello el principio de no devolución, protagonista de este capítulo. Cabe destacar también que, si bien todos los Estados miembros de la UE y del Consejo de Europa son partes de la Convención de Ginebra de 1951, Turquía, como miembro del Consejo de Europa, solo la aplica en relación con los refugiados procedentes de Europa[809]. Recordamos además que Dinamarca e Irlanda están solo en parte obligados por el acervo de la UE en materia de asilo.

El Sistema Europeo Común de Asilo se basa en la garantía de que ninguna persona sea repatriada a un país en el que sufra persecución, según se estipula en el artículo 78 del TFUE y en el artículo 18 de la CDFUE. Asimismo, el art. 19 de la Carta prevé, además de la prohibición de las expulsiones colectivas, el principio de no devolución.

El centro de esta protección es el principio de *non refoulement*, que ha pasado a formar parte del *ius cogens*, aunque desde nuestro punto de vista, lo es de manera

[808] Artículo 78 (antiguos artículos 63, puntos 1 y 2, y 64, apartado 2, TCE):
«1. La Unión desarrollará una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución. Esta política deberá ajustarse a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, así como a los demás tratados pertinentes.
2. A efectos del apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas relativas a un sistema europeo común de asilo que incluya:
a) un estatuto uniforme de asilo para nacionales de terceros países, válido en toda la Unión;
b) un estatuto uniforme de protección subsidiaria para los nacionales de terceros países que, sin obtener el asilo europeo, necesiten protección internacional;
c) un sistema común para la protección temporal de las personas desplazadas, en caso de afluencia masiva;
d) procedimientos comunes para conceder o retirar el estatuto uniforme de asilo o de protección subsidiaria;
e) criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro responsable de examinar una solicitud de asilo o de protección subsidiaria;
f) normas relativas a las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo o de protección subsidiaria;
g) la asociación y la cooperación con terceros países para gestionar los flujos de personas que solicitan asilo o una protección subsidiaria o temporal.
3. Si uno o varios Estados miembros se enfrentan a una situación de emergencia caracterizada por la afluencia repentina de nacionales de terceros países, el Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, medidas provisionales en beneficio de los Estados miembros afectados. El Consejo se pronunciará previa consulta al Parlamento Europeo».

[809] Turquía mantiene una reserva geográfica con arreglo al artículo 1, sección B, de la Convención, que restringe sus obligaciones a las personas desarraigadas por acontecimientos acaecidos en Europa.

independiente y no unido a la prohibición de la tortura[810] que tiene ya dicha consideración[811]. Entendemos que este principio debería considerarse *ius cogens* de manera autónoma, ya que hay elementos suficientes para no valorarlo necesariamente de la mano del temor a torturas y malos tratos, pues su ámbito de proyección es más amplio y contempla la persecución por otros motivos, por ejemplo haciendo referencia al derecho a la vida (art.2 CEDH)[812], o a un juicio justo (art. 6 CEDH)[813]. En virtud de este principio, toda persona extranjera en peligro de ser perseguida en su país de origen es titular del derecho humano a solicitar protección en otro país y a no ser devuelto al país de persecución, si el riesgo que corre es real y gravemente atentatorio contra sus derechos fundamentales tales como su vida, su libertad, su integridad física y moral y el derecho de acceder a una tutela judicial efectiva. El Estado ante el que se presente la solicitud tiene la obligación internacional de examinarla y determinar si el peligro de sufrir la «persecución» alegada es real, grave y personal y, en ese supuesto, está obligado a no devolver a la persona al país de persecución.

En cuanto a su construcción en el ámbito normativo de la UE, es preciso acudir al derecho derivado y la jurisprudencia desarrollada por el TJUE[814] y el TEDH. En concreto, el esqueleto normativo del SECA son la Directiva 2008/115/CE del PE y del Consejo de 16 de diciembre de 2008; la Directiva 2011/95 del PE y del Consejo de 13 de diciembre de 2011; el Reglamento (UE) n.º 603/2013 del PE y del Consejo y el Reglamento (UE)

---

[810] FERNÁNDEZ ARRIBAS, G., «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la expulsión de solicitantes de protección internacional» en PORRAS RAMÍREZ, J. Mª., *Migraciones y Asilo en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2020, p. 299.

[811] Véase la Decisión del CAT de 28 de abril de 1997, comunicación n.º 39/1996, *Paez c. Suecia*, párr. 14.5.

[812] Véase la STEDH de 8 de febrero de 2006, *Bader y Kamor c. Suecia*.

[813] Véase la STEDH de 9 de mayo de 2012, *Abu Qatada c. Reino Unido*.

[814] Así, por ejemplo, respecto de los requisitos para el reconocimiento de protección internacional cabe citar la STJUE de 17 de junio de 2010, asunto C-31/09, *Bolbol y Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*; la STJUE de 2 de diciembre de 2014, asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13, *A, B, C y Staatssecretaris van Veiligheid en Justitieen*, en el que participa United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR); la STJUE de 18 de diciembre de 2014, asunto C-542, *Mohamed M'Bodj y État belge* y la STJUE de 31 de enero de 2017, asunto C-573/14, *Commissaire général aux réfugiés et apatrides c. Mostafa Lounani*. El Tribunal de Justicia se ha pronunciado, en particular, sobre la protección subsidiaria en la Sentencia de 17 de febrero de 2009, asunto C-465/07, *Elgajafi* y en la Sentencia de 30 de enero de 2014, asunto C-285/12, *Diakité*. Sobre estos dos últimos asuntos, véase TOURNEPICHE, A. M., «L'apport de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européennedans l'examen au fond de la demande d'asile», en LALY-CHEVALIER, C. (dir.), *Droit d'asile, op.cit.,* pp. 195-197. Respecto de los procedimientos comunes para la concesión y retirada de protección internacional, véase la STJUE de 28 de julio de 2011, asunto C-69/10, *Brahim Samba Diouf y Ministre du Travail del' Emploi et de l'Immigration*, y la Sentencia de 22 de noviembre de 2012, asunto C-277/11, *Sr. M. y Minister for Justice, Equality and Law Reform, Irlanda, Attorney Genera*l. Sobre los requisitos para el reconocimiento de protección internacional, véase también la STEDH de 23 de marzo de 2016, asunto *F.G. c. Suecia*. Sobre las condiciones de acogida, véase la STEDH de 4 de noviembre de 2014, *Tarkhel c. Suiza*; así como la STJUE de 28 de abril de 2011, asunto C-61/11, *PPU, Hassen el Dridi, alias Soufi Karim* y la STJUE de 27 de setiembre de 2012, asunto C-179/11, *Cimade, Groupe d'Information et de soutien des immigrés (GISTI) y Ministrede l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration.*

n.º 604 /2013 (UE) del PE y del Consejo, ambos de 26 de junio de 2013, y, de idéntica fecha, la Directiva 2013/32/UE del PE y del Consejo y la Directiva 2013/33/UE del PE y del Consejo.

C. La «Directiva de Reconocimiento» de 2011 y el alcance de su protección

1. La Directiva de 2011 y su función

Centrándonos ahora en el principio de *non refoulement* aplicado en la UE, comenzaremos señalando la 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 protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (conocida como la «Directiva de Reconocimiento»)[815]. Esta Directiva, si bien reproduce de forma casi literal el contenido de las normas que establece la Convención de Ginebra[816], otorga una mayor protección y concreción. Así comenzamos destacando que, tal y como veremos, la Directiva prevé la posibilidad de que se revoque o deniegue la concesión del estatuto de refugiado, pero mientras que la Convención de Ginebra permite devolver a un refugiado a un Estado donde peligre su vida o su libertad, el Derecho de la UE concede una protección más amplia que incluye un mayor respeto por el principio de *non refoulement* que el garantizado por dicha Convención.

Para comenzar basando tal afirmación, es preciso partir del propio concepto de refugiado[817]. Así, en la definición de los motivos que pueden dar lugar a protección internacional, la norma comunitaria incluye los intereses del menor y los aspectos de género en la evaluación de las solicitudes de asilo y la protección subsidiaria[818], que

[815] El Reino Unido, Irlanda y Dinamarca no están vinculadas por esta Directiva ni sujetas a su aplicación (véanse los considerandos 50 y 51, respectivamente).

[816] Conclusiones del Abogado General Paolo Mengozzi de 1 de junio de 2010, asuntos acumulados C-57/09 y C-101/09, *B. y D.*, párr. 42

[817] Por «estatuto de refugiado» se entiende el reconocimiento por un Estado miembro de un nacional de un tercer país o de un apátrida como refugiado (art. 2. d). Por «estatuto de protección subsidiaria» se entiende se entiende el reconocimiento por un Estado miembro de un nacional de un tercer país o de un apátrida como persona con derecho a protección subsidiaria (art. 2. g).

[818] A la hora de determinar quién es merecedor de la protección subsidiaria y por tanto de no devolución, es importante acudir al artículo 18 de la Directiva 2011/95, en relación con la definición de las expresiones «persona con derecho a protección subsidiaria», recogida en el artículo 2. f), de esa Directiva, y «estatuto de protección subsidiaria», recogida en su artículo 2. g), se desprende que el estatuto de protección subsidiaria a que hace referencia dicha Directiva debe concederse, en principio, a todo nacional de un tercer país o a todo apátrida que, en caso de regreso a su país de origen o al país de su residencia habitual, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir daños graves, en el sentido del artículo

constituye otro límite en la protección frente a la expulsión de extranjeros. La mayor parte de los Estados miembros analizan la solicitud de refugio y de protección subsidiaria de forma sucesiva, supeditando a la previa denegación de la solicitud de refugiado la consideración de la protección subsidiaria[819].

A pesar de que esta Directiva tiene un contexto eminentemente humanitario, los nacionales de terceros países o los apátridas a los que se autorice a permanecer en el territorio de un Estado miembro por motivos que no sean la necesidad de protección internacional, sino por compasión o por motivos humanitarios y sobre una base discrecional, no están incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Directiva[820].

2. Valoración de los hechos que dan lugar a la protección

El primer análisis de la solicitud de protección internacional consiste en la valoración de los hechos y circunstancias, tal y como recoge el art. 4:

«1. Los Estados miembros podrán considerar que es obligación del solicitante presentar lo antes posible todos los elementos necesarios para fundamentar su solicitud de protección internacional. Los Estados miembros tendrán el deber de valorar, con la cooperación del solicitante, los elementos pertinentes de la solicitud»[821].

Para ello habrán de considerarse los hechos, las declaraciones y las circunstancias del país y personales del solicitante, tal y como se detalla en el art. 4.3[822]. Tanto el TJUE

15 de la misma Directiva (véase la STJUE de 23 de mayo de 2019, asunto C-720/17, *Bilali*). Observa el Abogado General en el punto 20 de sus Conclusiones que la constatación de que existen «amenazas graves e individuales», a efectos del artículo 15, letra c), de la Directiva 2011/95, no queda supeditada al requisito de que el solicitante de protección subsidiaria demuestre estar afectado específicamente debido a elementos propios de su situación personal.

819 Conclusiones del Abogado General Yves Bot de 7 de noviembre de 2013, asunto C-604/12, *H.N*, párr. 11.

820 Considerando decimoquinto de la Directiva. Más adelante, abordaremos en un capítulo específico la cuestión de la protección que otorga el Derecho interno en relación con la no expulsión con motivos humanitarios, que nada tienen que ver con los que justifican la protección internacional.

821 Véanse la STEDH de 28 de noviembre de 2011, *Sufi y Elmi c. el Reino Unido* (evaluación de la existencia de un riesgo real en situaciones de violencia indiscriminada y en relación con las condiciones humanitarias); la STEDH de 11 de enero de 2007, *Salah Sheekh contra los Países Bajos* (carga de la prueba para miembros de grupos perseguidos) y la STEDH de 23 de agosto de 2016, *J.K. y otros c. Suecia* (carga de la prueba).

822 Art. 4.3 «La evaluación de una solicitud de protección internacional se efectuará de manera individual e implicará que se tengan en cuenta:

a) todos los hechos pertinentes relativos al país de origen en el momento de resolver sobre la solicitud, incluidas las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes del país de origen y el modo en que se aplican;

b) las declaraciones y la documentación pertinentes presentadas por el solicitante, incluida la información sobre si el solicitante ha sufrido o puede sufrir persecución o daños graves;

c) la situación particular y las circunstancias personales del solicitante, incluidos factores tales como su pasado, sexo y edad, con el fin de evaluar si, dadas las circunstancias personales del solicitante, los actos a los cuales se haya visto o podría verse expuesto puedan constituir persecución o daños graves;

d) si las actividades en que haya participado el solicitante desde que dejó su país de origen obedecieron al único o principal propósito de crear las condiciones necesarias para presentar una solicitud de protección

como el TEDH entienden implícito el deber de cooperación con el solicitante por parte de las autoridades del Estado miembro de destino para permitir que se reúnan todos los elementos necesarios para evaluar la solicitud[823]. Ahora bien, recordamos que el derecho a ser oído, según el TJUE, no conlleva que el sujeto tenga derecho a una audiencia oral relativa a su solicitud[824].

El beneficio de la duda a favor del solicitante. En la valoración de las circunstancias, el TJUE concede un margen de beneficio de duda en favor del solicitante[825]. En este punto, consideramos la importancia de destacar que en el caso de las solicitudes de refugio basadas en la condición homosexual, con relación al art. 4 de la Directiva de Reconocimiento, el TJUE entiende que la falta de capacidad de responder a determinadas preguntas, especialmente basadas en conceptos estandarizados, no acarrea una falta de credibilidad. Por otro lado, los interrogatorios destinados a apreciar los hechos y circunstancias relativos a la orientación sexual declarada de un solicitante de asilo, sobre los detalles de las prácticas sexuales de dicho solicitante, serían contrarios a los derechos fundamentales garantizados por la Carta y, en concreto, al derecho al respeto de la vida privada y familiar, tal y como se consagra en su artículo 7. Incluso el TJUE se ha opuesto a que, para valorar la credibilidad de la orientación sexual alegada por un solicitante de protección internacional, se realice y se utilice un examen psicológico que tenga por objeto proporcionar una imagen de la orientación sexual de dicho solicitante, basándose en test de personalidad proyectivos[826].

Además, en asuntos sobre la identidad sexual o la transexualidad, el TEDH ha reconocido la importancia del concepto de autonomía personal como otro principio subyacente al art. 8 del CEDH, que reconoce el derecho a la vida privada y familiar (que desarrollaremos en el capítulo sobre discriminación)[827].

Esto no significa que no puedan ser valorados los motivos que se alegan, entendiendo que las solicitudes de protección internacional fundamentadas en un temor a ser perseguido por dicha orientación, al igual que las solicitudes basadas en otros motivos de persecución, pueden ser objeto de un proceso de valoración, previsto en el artículo 4 de la misma Directiva[828]. Cabe recordar que la orientación sexual constituye una

internacional, con el fin de evaluar si tales actividades expondrán al solicitante a persecución o daños graves en caso de que volviera a dicho país;

e) si sería razonable esperar que el solicitante se acogiese a la protección de otro país del que pudiese reclamar la ciudadanía».

[823] Véase la STEDH de 27 de junio de 2013, *M.K.N. c. Suecia*, párr. 27.

[824] Véase la STJUE de 9 de febrero de 2017, asunto C-560/14, *M*, apdo. 58.

[825] STJUE de 2 de diciembre de 2014, asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13, *A. y otros*, párr. 58.

[826] STJUE de 25 de enero de 2018, asunto C-473/16, *F c. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, párr. 71.

[827] STEDH de 29 de abril de 2002, *Pretty c. Reino Unido*, párr. 61.

[828] STJUE de 2 de diciembre de 2014, asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13, *A y otros,* párr. 52.

característica que permite acreditar la pertenencia de un solicitante a un determinado grupo social, con arreglo al artículo 2 d) de la Directiva 2011/95, cuando la sociedad que rodea al grupo de personas que comparten la misma orientación sexual lo percibe como diferente[829], como confirma a su vez, tal y como veremos, el artículo 10. 1 d) de dicha Directiva. En cualquier caso, los métodos de un posible informe pericial, en este contexto, deben respetar el resto de las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión Europea, especialmente, los derechos fundamentales garantizados en la Carta, como el derecho a la dignidad humana, consagrado en el artículo 1 y el derecho al respeto de la vida privada y familiar, establecido en el artículo 7[830].

Recordamos a este respecto que el artículo 10.3 d) de la Directiva 2013/32 –que, según el artículo 51, apartado 1, de dicha Directiva, debía transponerse a más tardar el 20 de julio de 2015– establece, en concreto, que los Estados miembros garantizarán que el personal que examina las solicitudes y dicta las resoluciones tenga la posibilidad de obtener, de ser necesario, el asesoramiento de expertos en ámbitos particulares, como las cuestiones relativas al género, que se refieren especialmente, tal y como se indica en el considerando 30 de la Directiva 2011/95, a las cuestiones relativas a la identidad de género y a la orientación sexual.

3. Concepto de persecución en la Directiva de Reconocimiento

Uno de los elementos esenciales es la persecución, que no pudo ser definida en la Convención de Ginebra de 1951 ya que no se logró una definición unánime, por lo que la Directiva de Reconocimiento, que tampoco la define[831], va a delimitar en el artículo 9 lo que se entiende por actos de persecución, como aquellos que:

> «a) sean suficientemente graves por su naturaleza o carácter reiterado como para constituir una violación grave de los derechos humanos fundamentales, en particular los derechos que no puedan ser objeto de excepciones al amparo del artículo 15, apartado 2, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales[832], o bien
>
> b) ser una acumulación de varias medidas, incluidas las violaciones de los derechos humanos, que sea lo suficientemente grave como para afectar a una persona de manera similar a la mencionada en la letra a)».

[829] Véase, en este sentido, la STJUE de 7 de noviembre de 2013, asuntos C-199/12 a C-201/12, *X y otros*, págs. 46 y 47.
[830] Véase, por analogía, la STJUE de 21 de abril de 2016, asunto C-558/14, *Khachab*, párr. 28.
[831] Véanse las Conclusiones del Abogado General Yves Bot de 19 de abril de 2012, asuntos acumulados C-71/11 y C-99/11, *Bundesrepublik Deutschland contra Y y Z*, párr. 22.
[832] Se refiere al derecho a la vida, a la prohibición de la tortura, a que nadie pueda ser sometido a esclavitud o servidumbre y que no hay pena sin ley.

El apartado 2. d) de este precepto, que no se incluye en la Convención, establece la forma que podrán revestir los actos de persecución definidos en el apartado 1:

> «a) actos de violencia física o psíquica, incluidos los actos de violencia sexual;
>
> b) medidas legislativas, administrativas, policiales o judiciales que sean discriminatorias en sí mismas o se apliquen de manera discriminatoria[833];
>
> c) procesamientos o penas que sean desproporcionados o discriminatorios[834];
>
> d) denegación de tutela judicial de la que se deriven penas desproporcionadas o discriminatorias;
>
> e) procesamientos o penas por la negativa a cumplir el servicio militar en un conflicto en el que el cumplimiento del servicio militar conllevaría delitos o actos comprendidos en los motivos de exclusión establecidos en el artículo 12, apartado 2[835]; (cabe adelantar ya que la protección que ofrece este apartado ampara la objeción de conciencia cuando está motivada por un conflicto serio e insalvable entre la obligación de servir al ejército y la conciencia o creencias de una persona y tal colisión es profunda y genuina y en todo caso, a la luz de las circunstancias concretas de cada caso[836]). En cualquier caso, la protección se otorgará cuando se dé alguno de los motivos de persecución.
>
> f) Actos dirigidos contra las personas por razón de su sexo o por ser niños».

En definitiva, el fundamento de la persecución lo constituye, por un lado, la gravedad de los actos enumerados en el art. 9.1, y por otro, en las repercusiones en el individuo de tales actos. Por tanto, el estatuto de refugiado se concede a quien está expuesto a una persecución individualizada.

4. Motivos de persecución

El artículo 10 señala cuáles son los aspectos a considerar para valorar los motivos de persecución, reproduciendo los establecidos en el art. 1.A. 2) de la Convención de Ginebra; esto es, la raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, y desarrollándolos del siguiente modo:

---

[833] STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-472/13, *Sheperd*, párr. 54.

[834] Véanse las Conclusiones de la Abogada General Eleanor Sharpston de 11 de noviembre de 2014, asunto C-472/13, *Shepherd*, párr. 80 y las citadas Conclusiones del Abogado General Yves Bot de 19 de abril de 2012, párr. 98.

[835] Es interesante a este respecto el caso Shepherd, relativo a un nacional estadounidense que presta servicios como técnico de mantenimiento del ejército de EEUU en Iraq y solicita refugio en Alemania por su negativa a seguir cumpliendo el servicio en Iraq por razones morales. El TJUE determina que este apartado no comprende solo a personas que participan en actos de combate. Véase también la STJUE de 19 de noviembre de 2020, asunto C-238/19, *EZ y Bundesrepulik Deutschland*.

[836] STEDH de 7 de julio de 2011, *Bayatyan c. Armenia*, párr. 110.

«a) el concepto de raza comprenderá, en particular, consideraciones de color, origen o pertenencia a un determinado grupo étnico;

b) el concepto de religión comprenderá, en particular, la profesión de creencias teístas, no teístas y ateas, la participación la abstención de participar en cultos formales en privado o en público, ya sea individualmente o en comunidad, así como otros actos o expresiones de opinión de carácter religioso, o formas de conducta personal o comunitaria basadas en cualquier creencia religiosa u ordenadas por esta;

c) el concepto de nacionalidad no se limitará a la ciudadanía o a su falta, sino que comprenderá, en particular, la pertenencia a un grupo determinado por su identidad cultural, étnica o lingüística, sus orígenes geográficos o políticos comunes o su relación con la población de otro Estado;

d) se considerará que un grupo constituye un determinado grupo social si, en particular: los miembros de dicho grupo comparten una característica innata o unos antecedentes comunes que no pueden cambiarse, o bien comparten una característica o creencia que resulta tan fundamental para su identidad o conciencia que no se les puede exigir que renuncien a ella, y dicho grupo posee una identidad diferenciada en el país de que se trate por ser percibido como diferente por la sociedad que lo rodea. En función de las circunstancias imperantes en el país de origen, podría incluirse en el concepto de grupo social determinado un grupo basado en una característica común de orientación sexual. No podrá entenderse la orientación sexual en un sentido que comporte actos considerados delictivos por la legislación nacional de los Estados miembros. Los aspectos relacionados con el sexo de la persona, incluida la identidad de género, se tendrán debidamente en cuenta a efectos de determinar la pertenencia a un determinado grupo social o de la identificación de una característica de dicho grupo;

e) el concepto de opinión política comprenderá, en particular, las opiniones, ideas o creencias sobre un asunto relacionado con los agentes potenciales de persecución mencionados en el artículo 6 y con sus políticas o métodos, independientemente de que el solicitante haya o no obrado de acuerdo con tales opiniones, ideas o creencias».

5. El Tribunal de Justicia Europeo y los motivos de persecución

En el ámbito de la referida Directiva, el TJUE se ha pronunciado para interpretar, principalmente, tres motivos de persecución: los motivos religiosos, la pertenencia a determinado grupo social y la opinión política.

a) Persecución por motivos religiosos (art.10.1. b)

Cabe comenzar recordando, en primer lugar, que la libertad religiosa se consagra en la Unión Europea en el artículo 10.1 CDFUE y, de conformidad con el artículo 52.3

de la Carta, el sentido y el alcance de esa libertad deberán determinarse teniendo en cuenta la jurisprudencia establecida al respecto por el TEDH[837]. Por su parte, el TJUE defiende una definición amplia al referirse al concepto de «religión» que abarca todos sus componentes, ya sean públicos o privados, colectivos o individuales[838].

En segundo lugar, es preciso señalar que este derecho de libertad religiosa goza de una protección absoluta[839]; sin embargo, la libertad de manifestar la fe no tiene tal carácter absoluto[840]. Por tanto, no se protege o ampara cualquier acto basado o inspirado en una religión o una convicción, y tampoco se garantiza siempre el derecho a comportarse de la manera dictada por una convicción religiosa[841]. Además, puede ser objeto de restricciones en el ámbito nacional conforme a los requisitos expresamente previstos en los artículos 52.1 de la Carta y art. 9.2 del CEDH.

El Tribunal entendió en el asunto *Fathi* de 2018, que un solicitante de protección internacional que invoca un riesgo de persecución por motivos de religión no debe formular declaraciones o aportar documentos relativos a todos los elementos del concepto de «religión»; no obstante, le corresponde fundamentar de manera creíble estas alegaciones, aportando elementos que permitan a la autoridad competente garantizar su veracidad[842]. Tales elementos giran, principalmente, en torno a alegar que existen fundados temores a ser perseguido al regresar a su país de origen, cuando pretenda continuar las actividades religiosas que lo exponen a un riesgo de persecución.

En este contexto, y con el fin de garantizar el respeto de los derechos fundamentales proclamados por la Carta, el Abogado General Bot da un paso más, en 2012. y considera, en sus Conclusiones relativas a los asuntos acumulados *Bundesrepublik Deutschland contra Y y Z*, que la autoridad responsable del examen de la solicitud de asilo no puede esperar razonablemente que el solicitante renuncie a sus actividades y, en particular, a la manifestación de su fe, entendiendo que impedir expresar libremente sus creencias constituye una violación grave de la libertad religiosa, ya que priva a la persona de un elemento esencial de su personalidad[843]. Además, implicaría una violación de las libertades de expresión y de asociación garantizadas en los artículos 11 y 12 de la Carta y 10 y 11 del CEDH, puesto que, al limitar el derecho a manifestar su

[837] Véase la STJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto c-279/09, *DEB*, párr. 35.
[838] Véase la STJUE de 4 de octubre de 2018, asunto C-56/17, *Bahtiyar Fathi contra Predsedatel na Darzhavna agentsia za bezhantsite*.
[839] Conclusiones del Abogado General Yves Bot de 19 de abril de 2012, *op.cit*., párr. 35.
[840] Art. 9.2 CEDH: «La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás».
[841] Véase la STEDH de 10 de noviembre de 2005, *Leyla Şahin c. Turquía*.
[842] Véase la STJUE de 4 de octubre de 2018, asunto C-56/17, *op.cit*.
[843] Véanse las Conclusiones del Abogado General Yves Bot de 19 de abril de 2012, *op.cit*.

religión en público, se estaría negando a los fieles el derecho a asociarse libremente y a expresar sus convicciones[844].

Por otro lado, la prohibición, so pena de ejecución o de privación de libertad, de conductas que sean contrarias a la religión oficial del país de origen del solicitante de protección internacional puede constituir un «acto de persecución», siempre que esa prohibición vaya acompañada en la práctica de sanciones impuestas por las autoridades de dicho país, extremo este que corresponderá comprobar al órgano jurisdiccional remitente[845].

En los asuntos acumulados *Bundesrepublik Deutschland contra Y y Z*, de 2011, fue más explícito el Tribunal al definir qué hechos podían constituir «acto de persecución» en el contexto de una vulneración grave de la libertad de religión de conformidad con el artículo 9.1 a) de la Directiva de Reconocimiento, junto con el artículo 10 de la CDFUE[846]. Así, el TJUE concretó que una injerencia en la manifestación externa de la libertad de religión puede constituir un acto de persecución, en función de la gravedad intrínseca de los actos y de sus consecuencias en las personas afectadas, lo que va a determinar si constituye un acto de persecución.

b) Pertenencia a un determinado grupo social (art.10.1. d): referencia a la orientación sexual

La calificación de «grupo social», en el sentido del artículo 10.1 d) de la Directiva 2011/95, debe cumplir dos requisitos acumulativos. Por un lado, los miembros del grupo han de compartir una «característica innata» o unos «antecedentes comunes que no pueden cambiarse», o bien una característica o creencia que «resulta tan fundamental para su identidad o conciencia que no se les puede exigir que renuncien a ella». Por otro lado, dicho grupo ha de poseer una identidad diferenciada en el país tercero de que se trate, siendo percibido como «diferente» por la sociedad que lo rodea[847].

---

[844] Conclusiones del Abogado General Yves Bot de 19 de abril de 2012, *op.cit*., párr. 84.

[845] Como ha señalado el Abogado General en el punto 61 de sus conclusiones, en esencia, en los asuntos que versen sobre la criminalización de conductas ligadas al ejercicio de la libertad religiosa, corresponde a las autoridades de los Estados miembros competentes para el examen de las solicitudes de protección internacional determinar, sobre la base de las declaraciones del solicitante y de los documentos que este haya podido aportar o de cualquier información procedente de fuentes fiables, si, en el país de origen de dicho solicitante, se aplica en la práctica la pena de muerte o de privación de libertad prevista por dicha legislación. Por lo tanto, a la luz de tales elementos de información, incumbe a las autoridades nacionales determinar si debe considerarse que, efectivamente, el solicitante tiene fundados temores a ser perseguido al regresar a su país de origen (véase, por analogía, la STJUE de 7 de noviembre de 2013, asuntos acumulados C-199/12 a C-201/12, *X y otros contra Minister voor Immigratie en Asiel*, págs. 59 y 60).

[846] STJUE de 5 de septiembre de 2012, asuntos acumulados C-71/11 y C-99/11, *Bundesrepublik Deutschland contra Y y Z*, págs. 72 y 80.

[847] STJUE de 7 de noviembre de 2013, *op.cit.*, párr. 45.

Estas circunstancias también pueden basarse en una característica común de orientación sexual. En este sentido, la importante STJUE de 7 de noviembre de 2013, en el caso *X, Y, Z contra Minister voor Immigratie en Asiel,* supuso un gran avance en el reconocimiento de la orientación sexual como motivo para la concesión de protección internacional[848]. El caso se centraba en la solicitud de asilo de tres hombres procedentes de Senegal, Sierra Leona y Uganda, que temían ser perseguidos por sus respectivos países en los que la homosexualidad se castiga penalmente como delito. Los dos puntos principales que aclaró el TJUE fueron el criterio de discreción en el comportamiento y si la criminalización de la homosexualidad podía constituirse como persecución en el país de origen[849].

Así, en primer lugar, el TJUE estableció que cuando se analiza una solicitud para obtener la condición de refugiado por su condición sexual, las autoridades competentes no pueden razonablemente esperar que el solicitante de asilo oculte su homosexualidad en su país de origen o actúe con discreción al vivir su orientación sexual para evitar el riesgo de persecución. Por tanto, exigir tal ocultación constituiría una violación de los derechos humanos y no deberían ser obligados a renunciar a su entidad, esencialmente, porque resultaría discriminatorio frente a los otros motivos de persecución.

Por otro lado, sobre la cuestión de si el artículo 9.1 a) de la Directiva, en relación con el apartado 2 c) de ese mismo artículo, debe interpretarse en el sentido de que el mero hecho de tipificar como delito los actos homosexuales y de castigar tales delitos con una pena privativa de libertad constituye un acto de persecución, el Tribunal recuerda que los derechos fundamentales relacionados específicamente con la orientación sexual, tales como el respeto de la vida privada y familiar, que reconoce el artículo 8 del CEDH –al que corresponde el artículo 7 de la Carta–, en relación con el artículo 14 del CEDH –en el que se inspira el artículo 21.1 de la Carta–, no están incluidos entre los derechos humanos fundamentales respecto de los cuales no es posible excepción alguna. Por tanto, concluye que la mera tipificación como delito o falta de los actos homosexuales no constituye, *per se*, un acto de persecución. En cambio, precisa que una pena privativa de libertad que reprime los actos homosexuales y que se aplica efectivamente en el país de origen que ha adoptado ese tipo de legislación debe considerarse una sanción desproporcionada o discriminatoria y constituye, por tanto, un acto de persecución.

c) Opinión política (art.10.1. e)

Si bien apenas encontramos pronunciamientos del TJUE en el contexto de la protección que otorga la Directiva por el motivo de persecución por opiniones políticas,

[848] Véase la STJUE de 7 de noviembre de 2013, *op.cit.*

[849] DÍAZ LAFUENTE, J., «El derecho de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género», *Revista de Derecho Político*, núm. 89, 2014, pp. 376-380.

sí vamos a destacar una Sentencia de 4 de octubre de 2018[850], donde el Tribunal distinguió entre dos motivos de persecución: el motivo de pertenencia a grupo social y el de opinión política, afirmando que no puede considerarse, en principio, que el hecho de que un solicitante de protección internacional haya participado en la interposición de una demanda contra su país de origen ante el TEDH acredite, en el marco de la evaluación de los motivos de persecución previstos en el artículo 10 de la Directiva 2011/95, que ese solicitante pertenece a un «determinado grupo social», en el sentido del apartado 1 d) de dicho artículo.

Sin embargo, sí entendió que debe considerarse un motivo de persecución basado en la «opinión política», en el sentido del apartado 1 e), siempre que existan motivos fundados para temer que la participación en la interposición de esa demanda pueda percibirse por ese país como un acto de disidencia política contra el cual podría contemplar la adopción de represalias.

6. Excepciones al reconocimiento de la protección internacional en la Directiva de Reconocimiento

Cabe recordar que también existen excepciones al reconocimiento de dicha protección, así en el marco del Derecho de la UE, los artículos 12 y 17 de la Directiva de Reconocimiento (que se basan en el artículo 1, sección F, de la Convención de Ginebra de 1951) contienen disposiciones que excluyen la protección internacional cuando se trata de personas que, desde su punto de vista no la merecen, es decir, de personas sospechosas de haber cometido, al menos, uno de los actos siguientes:

- Un crimen contra la paz, un crimen de guerra o un crimen contra la humanidad.
- Un delito común grave cometido fuera del país de asilo antes de su admisión.
- Un acto contrario a los fines y principios de las Naciones Unidas.

Antes de evaluar la exclusión de la protección internacional, se debe comprobar si el interesado puede optar a la misma. Las personas que se ajustan a lo estipulado en las cláusulas de exclusión no se consideran refugiados ni personas con derecho a protección subsidiaria[851]. En su publicación *Exclusión: Artículos 12 y 17 de la Directiva de reconocimiento (2011/95/UE)*, la EASO ofrece un análisis judicial que sirve de herramienta a los tribunales que se ocupan de posibles casos de exclusión de la protección internacional[852].

[850] STJUE de 4 de octubre de 2018, asunto C-652/16, *Ahmedbekova*, párr. 90.
[851] FRA, *Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración, op.cit.*, pp. 138 y 139.
[852] Véase, en general, EASO, *Exclusión: Artículos 12 y 17 de la Directiva de reconocimiento - Análisis Judicial*, 2016.

En el asunto *B y D*, el TJUE dio unas orientaciones para aplicar las cláusulas de exclusión[853]. Así afirmaba que el hecho de que una persona hubiese sido miembro de una organización y hubiera apoyado activamente la lucha armada de esa organización no constituía automáticamente un motivo fundado para considerar que sus acciones fuesen «un delito común grave» o «actos contrarios a los fines y principios de las Naciones Unidas» que lo excluirían de la protección prevista para los refugiados. La base para comprobar si existen motivos fundados para considerar a la persona culpable de tales actos o crímenes debe ser una evaluación caso por caso de los hechos concretos.

Dicha evaluación ha de estar orientada a determinar si los actos cometidos por la organización reúnen las condiciones establecidas en dichas disposiciones y si la responsabilidad de llevar a cabo esos actos se puede atribuir a la persona en cuestión, teniendo en cuenta el nivel de prueba exigido en el artículo 12.2 de la Directiva. El Tribunal añadió también que la razón para excluir de la condición de refugiado no depende de que la persona en cuestión represente en ese momento una amenaza para el Estado miembro de acogida ni de una evaluación de la proporcionalidad en relación con el asunto[854].

El parámetro es más amplio en casos de terrorismo, así en *Lounani*[855], el TJUE aclaró que la exclusión de la condición de refugiado en virtud del artículo 12.2 c) de la Directiva no se limita a los autores efectivos de actos terroristas. Abarca también a las personas que se dedican al reclutamiento, la organización, el transporte o el equipo de personas que viajan a un Estado distinto del suyo para, entre otras cosas, perpetrar, planificar o preparar actos terroristas. Para aplicar esta cláusula de exclusión no es necesario que el solicitante haya sido condenado por un delito de terrorismo. En ese asunto, el Tribunal reconoció que, para luchar contra el fenómeno de las redes organizadas por las organizaciones terroristas a través de las cuales se mueven los combatientes extranjeros y los recursos para apoyarlos, «los Estados deben prevenir y reprimir el reclutamiento, la organización, el transporte o el equipamiento de las personas que viajan a un Estado distinto de sus Estados de residencia o nacionalidad para cometer, planificar o preparar actos terroristas»[856]. De ello se deriva que la aplicación de la exclusión del estatuto de refugiado previsto en la citada disposición de la Directiva:

«No puede limitarse a quienes hayan cometido efectivamente actos de terrorismo, sino que puede extenderse también a quienes realicen actividades de reclutamiento, organización,

[853] Véase la STJUE de 9 de noviembre de 2010, asuntos acumulados C-57/09 y C-101/09, *Bundesrepublik Deutschland contra B y D*.
[854] Véase, asimismo, la STJUE de 24 de junio de 2015, asunto C-373/13, *H. T. c. Land Baden-Württemberg*.
[855] STJUE de 31 de enero de 2017, asunto C-573/14, *Lounani.*
[856] *Ibid*., párr. 68.

transporte o equipamiento de las personas que viajan a un Estado distinto de sus Estados de residencia o nacionalidad para cometer, planificar o preparar actos terroristas»[857].

Finalmente, respecto a la protección subsidiaria, el TJUE afirmó en el asunto *Shajin Ahmed* que los motivos de exclusión relativos a la protección subsidiaria en virtud del artículo 17.1 debían considerarse a la luz de la interpretación del TJUE de los apartados b) y c) del artículo 12.2 de la Directiva relativa a la Exclusión de la Condición de Refugiado[858].

7. La protección subsidiaria en la Directiva de Reconocimiento

El art. 2 f) de la Directiva define a la persona con derecho a protección subsidiaria de la siguiente forma:

«Nacional de un tercer país o un apátrida que no reúne los requisitos para ser refugiado, pero respecto del cual se den motivos fundados para creer que, si regresase a su país de origen o, en el caso de un apátrida, al país de su anterior residencia habitual, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves definidos en el artículo 15, y al que no se aplica el artículo 17, apartados 1 y 2, y que no puede o, a causa de dicho riesgo, no quiere acogerse a la protección de tal país».

Los requisitos para obtener protección subsidiaria en caso de daños graves se establecen en el art. 15, entendiendo por tales:

«a) la condena a la pena de muerte o su ejecución,

b) la tortura o las penas o tratos inhumanos o degradantes de un solicitante en su país de origen,

c) las amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno»[859].

Los conceptos de «violencia indiscriminada» y «amenaza individual» han sido objeto de desarrollo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en varias sentencias, como en el asunto *Elgafaji*[860], entendiendo que en los casos de conflictos armados puede existir un daño contra una persona, cuando el grado de violencia indiscriminada que caracteriza dicho conflicto llegue a tal extremo que existan motivos fundados para creer que la persona se enfrentaría en el país a un riesgo real de sufrir las amenazas graves a

[857] *Ibid*., párr. 69.
[858] Véase, en general, la STJUE de 12 de septiembre de 2018, asunto C-369/17, *Shajin Ahmed*.
[859] *Ibid*.
[860] STJUE de 17 de febrero de 2009, asunto C-465/07, *Elgafaji*, párr. 34.

que se refiere la Directiva[861]. El TJUE examinó la concesión de la condición de protección subsidiaria a un nacional iraquí que no cumplía los requisitos para ser considerado refugiado y basó su razonamiento en el significado de «amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno». El Tribunal sostuvo que el significado del artículo 15 c) de la Directiva posee su propia esfera de aplicación y cubre un riesgo más general de sufrir daños relacionados con las circunstancias en que se encuentra el solicitante o con la situación general en el país de origen.

A este respecto cabe destacar la cuestión prejudicial planteada ante el TJUE en el asunto *CF, DN y Bundesrepulik Deutschland,* de 10 de junio de 2021, donde el Tribunal entendió lo siguiente:

«El artículo 15, letra c), de la Directiva 2011/95 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la interpretación de una normativa nacional según la cual, en caso de que un civil no se vea afectado específicamente debido a elementos propios de su situación personal, la constatación de que existen amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de ese civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado, está supeditada al requisito de que la relación entre el número de víctimas en la zona de que se trate y el número total de personas que componen la población de esa zona alcance un umbral determinado»[862].

En este sentido, el TJUE afirmó que:

«El hecho de que las autoridades competentes de un Estado miembro apliquen sistemáticamente un criterio, como puede ser un número mínimo de víctimas civiles, heridas o fallecidas, para determinar el grado de intensidad de un conflicto armado, sin examinar el conjunto de circunstancias pertinentes que caracterizan la situación en el país de origen del solicitante de protección subsidiaria, es contrario a lo dispuesto en la Directiva 2011/95, ya que puede dar lugar a que dichas autoridades denieguen la concesión de esa protección incumpliendo la obligación que incumbe a los Estados miembros de identificar a las personas auténticamente necesitadas de tal protección»[863].

Asimismo, considera que para determinar si existen «amenazas graves e individuales», se requiere una consideración global de todas las circunstancias del caso concreto, en particular de aquellas que caracterizan la situación en el país de origen del solicitante. La concesión de la protección subsidiaria no presupone, por tanto, el

[861] Para cuestiones similares, véase también la STJUE de 30 de enero de 2014, asunto C-285/12, *Aboubacar Diakité contra Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides.*
[862] Véase la STJUE de 10 de junio de 2021, asunto C-901/19, *CF y DN c. Bundesrepublik Deutschland*, párr. 37.
[863] *Ibid*., párr. 44.

cumplimiento de un requisito previo relativo a un número mínimo de víctimas en relación con una población determinada[864].

Corroboran esta interpretación los informes de la EASO (Hoy Agencia Europea de Asilo y Refugio) que recomiendan a los órganos jurisdiccionales, en lo que atañe a la evaluación del nivel de violencia, adoptar un enfoque integral e incluyente, tanto cuantitativo como cualitativo, así como tener en cuenta un amplio espectro de variables relevantes, sin limitarse a realizar un análisis puramente cuantitativo de las cifras de civiles muertos y heridos[865].

Igualmente, el TEDH se ha pronunciado sobre la valoración de la violencia indiscriminada indicando que esta situación puede apreciarse tomando en consideración el empleo o no, por las partes en conflicto, de métodos y tácticas bélicas que aumenten el riesgo de muerte entre la población civil o que tengan directamente como objetivo a civiles, el carácter habitual o no del empleo de tales métodos por las partes en conflicto, el carácter localizado o generalizado de los combates y el número de civiles muertos, heridos o desplazados como consecuencia de los combates. El TEDH ha especificado que tales criterios no constituyen una relación exhaustiva que deba aplicarse en todos los casos[866].

Por otro lado, se ha planteado la protección subsidiaria para casos distintos, como la necesidad de tratamiento médico. Así en el caso *Mohamed M'Bodj contra el Estado belga*, el TJUE dictaminó que a un solicitante que padezca una enfermedad grave no se le puede conceder la protección subsidiaria en virtud del artículo 15 de la Directiva de Reconocimiento[867]. El hecho de que se impida la expulsión debido a la ausencia de tratamiento médico adecuado en el país de origen no significa que deba concederse al solicitante la protección subsidiaria y, por tanto, la residencia legal en el Estado miembro de la UE, a menos que se le prive intencionadamente de atención sanitaria en su país de origen.

8. Limitaciones a la protección subsidiaria y su revocación

Respecto a las limitaciones a la protección subsidiaria, el TJUE entendió que el artículo 17.1 b) de la Directiva 2011/95, relativo a la comisión de un delito grave, solo

[864] Conclusiones del Abogado General Sr. P. Pikamäe de 11 de febrero de 2021, asunto C-901/19, *CF y DN c. Bundesrepublik Deutschland,* párr. 53.

[865] Véase la STJUE de 13 de septiembre de 2018, *op.cit*., párr. 56, que alude al informe de la EASO titulado *Exclusión: artículos 12 y 17 de la Directiva de reconocimiento (2011/95/UE);* así como a los informes de la EASO titulados *Artículo 15, letra c), de la Directiva de reconocimiento (2011/95/UE). Análisis judicial*, de 2015 (en particular, pp. 33 a 35) y el informe titulado *Requisitos para el reconocimiento de la protección internacional*, de 2018 (en particular, la p. 32).

[866] STEDH de 28 de junio de 2011, *op.cit*., párr. 241.

[867] STJUE de 18 de diciembre de 2014, asunto C-542/13, *Mohamed M'Bodj contra État Belge*.

permite excluir a una persona del estatuto de protección subsidiaria si existen «motivos fundados» para considerar que ha cometido tal delito[868]. Esta disposición enuncia una causa de exclusión que constituye una excepción a la regla general establecida en el artículo 18 de la Directiva 2011/95[869] que contempla la concesión de esta protección si tienen derecho a ella y, por tanto, requiere una interpretación estricta[870]. En el caso referido, según el tribunal remitente de Hungría, la Ley sobre el derecho de asilo en este país califica automáticamente de delito grave toda infracción penal que puede ser sancionada, en virtud del Derecho húngaro, con una pena privativa de libertad de cinco años o más. A este respecto, la Comisión señaló –desde nuestro punto de vista de modo acertado– que esa calificación puede abarcar un amplio catálogo de comportamientos de gravedad variable, por lo que entiende la necesidad de que la autoridad o el tribunal nacional competente se pronuncie sobre la base de criterios distintos al de la pena prevista, principalmente, si la infracción cometida por el solicitante que reúne los requisitos para obtener el estatuto de protección subsidiaria reviste tal gravedad que deba dar lugar a la denegación de su solicitud de protección internacional.

Esta postura fue reforzada también por el TJUE, ya que interpretó que aunque el criterio de la pena prevista en virtud de la normativa penal del Estado miembro de que se trate reviste una importancia particular para apreciar la gravedad del delito que justifica la exclusión de la protección subsidiaria con arreglo al artículo 17.1 b) de la Directiva 2011/95, la autoridad competente del Estado miembro únicamente puede invocar la causa de exclusión prevista en esa disposición tras haber procedido, en cada caso individual, a una evaluación de los hechos concretos de los que ha tenido conocimiento con el fin de determinar si existen motivos fundados para pensar que los actos cometidos por el solicitante tienen la gravedad suficiente para estar comprendidos en esta causa de exclusión[871].

---

[868] STJUE de 13 de septiembre de 2018, *op.cit*., págs. 52 a 56.

[869] Art. 18: «Los Estados miembros concederán el estatuto de protección subsidiaria a los nacionales d terceros países o apátridas que puedan obtener la protección subsidiaria con arreglo a los capítulos II y V».

[870] Según ha expresado el TJUE en su ya citada sentencia de 13 de septiembre de 2018: «Corrobora esta interpretación el informe de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO) de enero de 2016, titulado "Exclusión: artículos 12 y 17 de la Directiva de reconocimiento (2011/95/UE)", que recomienda, en el apartado 3.2.2, relativo al artículo 17, apartado 1, letra b), de la Directiva 2011/95, que la gravedad del delito que puede excluir a una persona de la protección subsidiaria se aprecie a la luz de una pluralidad de criterios, como, en particular, la naturaleza del acto de que se trata, los daños causados, la forma del procedimiento utilizado para incoar el procedimiento y la naturaleza de la pena prevista, y que se tenga en cuenta si la mayor parte de los tribunales consideran asimismo dicho acto un delito grave. La EASO se refiere, a este respecto, a ciertas resoluciones adoptadas por los tribunales supremos de los Estados miembros». Por otro lado, el ya citado *Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y directrices sobre protección internacional en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados* contiene recomendaciones similares.

[871] Véanse, por analogía, las ya citadas Sentencias del TJUE de 9 de noviembre de 2010, párr. 87 y de 31 de enero de 2017, párr. 72.

Revocación

Finalmente, aunque la revocación de la protección subsidiaria aparece contemplada claramente en el artículo 19 de la Directiva[872], han surgido algunas cuestiones que, de nuevo, han requerido la precisión del TJUE. Así, se ha dilucidado la cuestión de si es posible basarse en lo dispuesto en dicho precepto para que la autoridad competente pueda revocar el estatuto de protección subsidiaria concedida a un apátrida sobre la base de una apreciación errónea de las necesidades de protección internacional, exclusivamente imputable a dicha autoridad, retirando por consiguiente la protección concedida[873].

Para dar respuesta a esta cuestión cabe recordar, en primer lugar, que el artículo 16.1 de la citada Directiva dispone:

«Los nacionales de terceros países o los apátridas dejarán de ser personas con derecho a protección subsidiaria si las circunstancias que condujeron a la concesión del estatuto de protección subsidiaria han dejado de existir o han cambiado de tal forma que la protección ya no es necesaria».

Asimismo, con arreglo al artículo 44 de dicha Directiva, los Estados miembros «garantizarán que se pueda iniciar un examen para retirar la protección internacional a una determinada persona si surgen nuevas circunstancias o datos que indiquen que hay razones para reconsiderar la validez de su protección internacional».

---

[872] Art. 19: «Revocación, finalización o denegación de la renovación del estatuto de protección subsidiaria
1. Por lo que respecta a las solicitudes de protección internacional presentadas después de la entrada en vigor de la Directiva 2004/83/CE, los Estados miembros revocarán el estatuto de refugiado concedido a los nacionales de terceros países o apátridas por un organismo gubernamental, administrativo, judicial o cuasi judicial, o dispondrán la finalización de dicho estatuto o se negarán a renovarlo, en caso de que dichas personas hayan dejado de tener derecho a solicitar protección subsidiaria con arreglo al artículo 16.
2. Los Estados miembros podrán revocar el estatuto de refugiado concedido a los nacionales de terceros países o apátridas por un organismo gubernamental, administrativo, judicial o cuasi judicial, o disponer la finalización de dicho estatuto anegarse a renovarlo en el caso de que, no obstante habérseles concedido el estatuto de protección subsidiaria, hubiera debido excluirse a dichas personas del derecho a protección subsidiaria con arreglo al artículo 17, apartado 3.
3. Los Estados miembros revocarán el estatuto de protección subsidiaria concedido a un nacional de un tercer país o un apátrida, o dispondrán la finalización de dicho estatuto o se negarán a renovarlo, si:
a) una vez que se le haya concedido dicho estatuto, hubiera debido excluirse o se hubiera excluido a esa persona del derecho a protección subsidiaria con arreglo al artículo 17, apartados 1 y 2;
b) la tergiversación u omisión de hechos por su parte, incluido el uso de documentos falsos, hubieran sido decisivos para la concesión del estatuto de protección subsidiaria.
4. Sin perjuicio del deber de los nacionales de terceros países apátridas conforme al artículo 4, apartado 1, de proporcionar todos los hechos pertinentes y presentar toda la documentación pertinente que obre en su poder, el Estado miembro que haya concedido el estatuto de protección subsidiaria demostrará encada caso que la persona de que se trate ha dejado de tener derecho o no tiene derecho a protección subsidiaria de conformidad con los apartados 1, 2 y 3 del presente artículo».

[873] Véanse las Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot de 24 de enero de 2019, asunto C-720/17, *Bilali.*

Si bien es cierto que en este caso se utiliza un concepto jurídico (el de «retirada») distinto de los mencionados en los artículos 14 y 19 de la Directiva 2011/95 y que alude, de un modo particularmente amplio, a la aparición de «nuevas circunstancias o datos», es preciso señalar que el concepto de «retirada de la protección internacional» se define en el artículo 2 o) de la Directiva 2013/32 como la «decisión de una autoridad competente de retirar, dar por finalizado o negarse a prorrogar el estatuto de refugiado o de protección subsidiaria de una persona de conformidad con la Directiva 2011/95». Ello se ve expresamente confirmado por la remisión que hacen los artículos 45.1 y 46.1 c) de la Directiva 2013/32 a los artículos 14 y 19 de la Directiva 2011/95/UE.

Habida cuenta de estos elementos, concluye el Abogado General Yves Bot, en el asunto *Bilali,* que las únicas situaciones en las que el legislador de la Unión pretendía permitir a los Estados miembros revocar o retirar el estatuto de protección subsidiaria son las enunciadas en el artículo 19 de la Directiva 2011/95. Esta disposición se opone, por consiguiente, a una normativa nacional que permita a la autoridad nacional competente revocar dicho estatuto por un motivo distinto de los expresa y taxativamente establecidos por el legislador de la Unión en dicha disposición[874]. Por tanto, la apreciación errónea no estaría incluida como un motivo válido para su retirada.

9. Otras particularidades de persecución reconocidas en la Directica de Reconocimiento: refugiados palestinos

Los extranjeros palestinos gozan de un régimen de protección específico, por ello fue creado el Organismo de Obras Públicas y Socorro de las Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina en el Cercano Oriente (OOPS), que opera en Cisjordania, incluida Jerusalén Este y la Franja de Gaza, así como Jordania, Siria y el Líbano[875]. De acuerdo con el artículo 12.1 a) de la Directiva sobre Reconocimiento (que, recordamos, incorpora el artículo 1, sección D, de la Convención de Ginebra de 1951 al Derecho de la UE), las personas que reciben asistencia del OOPS no tienen derecho a la condición de refugiado[876], por lo que, en principio, están excluidas del estatuto de refugiado en la Unión[877]. Ahora bien, de la segunda frase del artículo 12.1 a) se desprende que no se aplica dicha exclusión cuando el solicitante de protección internacional en la Unión ha

[874] *Ibid*., págs. 72-78.

[875] La Resolución n.º 302 (IV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 8 de diciembre de 1949, relativa a la ayuda a los refugiados de Palestina, instituyó el Organismo de Obras Públicas y Socorro de las Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina en el Cercano Oriente (OOPS), cuyo cometido es contribuir al bienestar y al desarrollo humano de los refugiados palestinos. Según los puntos VII.C y VII.E de las instrucciones consolidadas del OOPS de registro y elegibilidad, el área de operaciones del OOPS comprende cinco zonas, a saber, la Franja de Gaza, Cisjordania (incluido Jerusalén Este), Jordania, el Líbano y Siria. El mandato de este organismo ha sido prorrogado hasta el 30 de junio de 2023.

[876] FRA, *Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración, op.cit*, pp. 122 y ss.

[877] STJUE de 25 de julio de 2018, asunto C-585/16, *Alheto*, párr. 8.

dejado de recibir protección o asistencia del OOPS. En este caso, tal y como ha precisado el TJUE, se aplicaría la protección que reconoce la Directiva cuando se compruebe, tras un examen individual, que el apátrida de origen palestino se halla en una situación de riesgo grave para su seguridad personal y el OOPS, cuya asistencia ha sido solicitada por esa persona, no puede garantizarle unas condiciones de vida acordes con su misión, lo que conduce a que el considerado «apátrida», por motivos ajenos a su voluntad, se vea obligado a abandonar el área de operaciones del organismo. En ese caso, este apátrida puede beneficiarse *ipso facto* de la Directiva 2011/95, salvo que le sea de aplicación alguno de los motivos de exclusión establecidos en el artículo 12.1 b), 2 y 3 de dicha Directiva, sin que deba necesariamente demostrar que tiene fundados temores a ser perseguido, en el sentido del artículo 2 d) de la referida Directiva[878].

Por otro lado, en el reciente caso *Bundesrepublik Deutschland contra XT*, se plantea al TJUE:

«Si el artículo 12, apartado 1, letra a), segunda frase, de la Directiva 2011/95 debe interpretarse en el sentido de que la protección o asistencia del OOPS cesa cuando un apátrida de origen palestino ha abandonado el área de operaciones del OOPS desde una zona en la que se hallaba en una situación de grave inseguridad personal y en la que dicho organismo no podía proporcionarle su protección o asistencia, siendo así que, por un lado, se desplazó voluntariamente a esa zona desde otra zona en la que no se hallaba en una situación de grave inseguridad personal y, por otro lado, no podía contar con que recibiría protección o asistencia del OOPS en la zona de operaciones a la que se trasladaba ni con que podría retornar en un futuro cercano a la zona de operaciones de la que provenía»[879].

Para responder a estas cuestiones, el TJUE recuerda que:

«El hecho de que el artículo 1, sección D, de la Convención de Ginebra, al que remite el artículo 12, apartado 1, letra a), primera frase, de la Directiva 2011/95, se limite a excluir de su ámbito de aplicación a las personas que reciban actualmente protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados no puede interpretarse en el sentido de que la mera ausencia o la salida voluntaria del área de operaciones del OOPS baste para hacer inaplicable la exclusión del derecho al estatuto de refugiado prevista en esa disposición. (…)

(…) Si fuera así, un solicitante de asilo en el sentido del artículo 2, letra c), de la Directiva 2013/32, que presente su solicitud en el territorio de uno de los Estados miembros, y que por tanto se halle físicamente ausente del área de operaciones del OOPS, nunca estaría comprendido en la causa de exclusión del estatuto de refugiado enunciada en el artículo 12, apartado 1, letra a), de

[878] *Ibid*., párr. 86.
[879] STJUE de 13 de enero de 2021, asunto C-507/19, *Bundesrepublik Deutschland contra XT*, párr. 68.

la Directiva 2011/95, lo que tendría como consecuencia privar de todo efecto útil a esa causa de exclusión.

Por otra parte, estimar que una salida voluntaria del área de operaciones del OOPS y, por tanto, un abandono voluntario de la asistencia prestada por este dan lugar a la aplicación del artículo 12, apartado 1, letra a), segunda frase, de la Directiva 2011/95 sería contrario al objetivo pretendido por el artículo 1, sección D, párrafo primero, de la Convención de Ginebra, que se propone excluir del régimen de esa Convención a todos aquellos que reciban esa asistencia»[880].

El TJUE concluyó que:

«El artículo 12, apartado 1, letra a), segunda frase, de la Directiva 2011/95 debe interpretarse en el sentido de que no puede considerarse que la protección o la asistencia del OOPS haya cesado cuando un apátrida de origen palestino ha abandonado el área de operaciones del OOPS desde una zona en la que se hallaba en una situación de grave inseguridad personal y en la que dicho organismo no podía proporcionarle su protección o asistencia si, por un lado, se desplazó voluntariamente a esa zona desde otra zona de la referida área en la que no se hallaba en una situación de grave inseguridad personal en la que podía recibir protección o asistencia de dicho organismo y, por otro lado, sobre la base de la información concreta de que disponía, no podía razonablemente contar con que recibiría protección o asistencia del OOPS en la zona a la que se desplazaba, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente»[881].

En el asunto *Bolbol*, el TJUE hace una precisión, desde mi punto de vista muy acertada, en un caso en el que una apátrida de origen palestino huyó de la Franja de Gaza y llegó a Hungría donde presentó una solicitud de asilo sin haber pedido previamente protección o asistencia al OOPS[882]. El TJUE señaló que, a los fines del artículo 12.1 a) de la Directiva sobre requisitos para el reconocimiento, solo se ha de considerar que una persona ha recibido protección y asistencia de una agencia de Naciones Unidas, aparte del ACNUR, si realmente ha hecho uso de esa protección o asistencia, no simplemente porque en teoría tenga derecho a ella.

En el asunto *El Kott*, el TJUE aclaró que a las personas obligadas a abandonar la zona de operaciones del OOPS por razones independientes de su voluntad y control debe concedérseles automáticamente el estatuto de refugiado cuando no se aplique ninguno de los motivos de exclusión previstos en el artículo 12.1 b) o 12.2 y 12.3[883].

---

[880] *Ibid*., págs 69-71. Véase también, por analogía, la STJUE de 19 de diciembre de 2012, asunto C-364/11, *Abed El Karem El Kott y otros*, págs. 49-51.
[881] *Ibid*., párr. 80.
[882] Véase la STJUE de 17 de junio de 2010, asunto C-31/09, *Nawras Bolbol contra Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal.*
[883] STJUE de 19 de diciembre de 2012, asunto C-364/11, *op.cit*.

Finalmente, en la Sentencia de 25 de julio de 2018, fruto de una petición de decisión prejudicial planteada por Bulgaria, el TJUE advierte que:

«La tramitación de una solicitud de protección internacional presentada por una persona registrada ante el Organismo de Obras Públicas y Socorro de las Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina en el Cercano Oriente (OOPS) requiere que se examine si dicha persona es beneficiaria de la protección o la asistencia efectiva de este organismo, siempre y cuando la solicitud no haya sido previamente denegada sobre la base de un motivo de inadmisibilidad o de una causa de exclusión diferente de la recogida en el artículo 12, apartado 1, letra a), primera frase, de la Directiva 2011/95»[884].

10. Protección frente a la expulsión según lo dispuesto en la Directiva

Tal y como estamos desarrollando a lo largo de este apartado, la Directiva sobre Reconocimiento contiene una protección más amplia de la protección frente a la expulsión de los solicitantes de asilo –esto es, del principio de *non refoulement*– que la propia Convención de Ginebra, aunque en ninguno de estos instrumentos se contempla como un principio absoluto, ya que permite excepciones como las que se desarrollan el art. 21 de la Directiva:

> «1. Los Estados miembros respetarán el principio de no devolución con arreglo a sus obligaciones internacionales.
>
> 2. Cuando no esté prohibido por las obligaciones internacionales mencionadas en el apartado 1, los Estados miembros podrán devolver a un refugiado, reconocido formalmente o no, si:
>
> a. existen motivos razonables para considerar que dicha persona constituye un peligro para la seguridad del Estado miembro en el que se encuentra[885], o
> b. habiendo sido condenado por sentencia firme por un delito de especial gravedad, constituye un peligro para la comunidad de dicho Estado miembro[886].
>
> 3. Los Estados miembros podrán revocar o poner fin al permiso de residencia, o negarse a renovarlo o a concederlo a un refugiado al que se aplique el apartado 2».

---

[884] STJUE de 25 de julio de 2018, asunto C-585/16, *Alheto*, párr. 90.

[885] El peligro que constituya el refugiado para el país de acogida no debe ser de orden menor, sino muy grave, y debe constituir una amenaza para la seguridad nacional del país de acogida. Para mayor orientación sobre el significado de las expresiones «peligro para la seguridad» y «peligro para la comunidad», véase EASO, *Exclusión: Artículos 12 y 17 de la Directiva de reconocimiento (2011/95/UE). Análisis judicial*, enero de 2016. También conviene tener en cuenta que son de aplicación los artículos 44 y 45 de la DPA (refundición).

[886] Véase la STJUE de 24 de junio de 2015, asunto C-373/13, *H.T. contra Land Baden-Württemberg*, párr. 42.

A pesar de esta posibilidad, el TJUE deja claro que la devolución de un refugiado es «(…) la última ratio a la que un Estado miembro puede recurrir, cuando no sea posible ninguna otra medida para hacer frente a la amenaza que ese refugiado origine para la seguridad o la comunidad de ese Estado miembro[887]».

Respecto al primer motivo, se entiende que la seguridad comprende elementos externos (integridad de las fronteras) o internos (continuidad y funcionamiento del Estado y de sus estructuras e instituciones políticas). Por tanto, podrían ser relevantes e incluirse numerosas conductas, entre otras, los actos de espionaje, sabotaje o terrorismo dentro del concepto de peligro para la comunidad del Estado.

En cuanto al motivo excluyente de condena por sentencia firme por un delito de especial gravedad por constituir un peligro para la comunidad de dicho Estado miembro, entendemos, tal y como afirmó el Tribunal Administrativo Federal alemán, que la condena penal no acarrea automáticamente la exclusión de la protección contra la expulsión[888].

Una de las cuestiones ya referidas que se ha planteado ante el TJUE es si en caso de revocación o denegación de la protección que otorga la Directiva de Reconocimiento que recoge el art. 14[889] deja de funcionar la protección que otorga el principio de *non*

---

[887] *Ibid*., párr. 71.

[888] El Tribunal Administrativo Federal alemán ha dictaminado que no basta la mera pertenencia a una organización terrorista de la que se sospecha o se sabe que amenaza la seguridad interior, sino que hace falta un mayor grado de implicación o apoyo. Es necesario realizar una evaluación general que tenga en cuenta el peligro de la organización y su estructura, violencia y dimensión. En un *obiter dictum*, el Tribunal Administrativo Supremo austriaco afirmó que es concebible que la trata de personas a gran escala pueda en determinadas circunstancias constituir una amenaza para la seguridad nacional. Sin embargo, en otro caso decidió que los hechos reiterados de trata de seres humanos y pertenencia a organización criminal no constituyen un peligro de por sí. Véase la Sentencia de 16 de noviembre de 2000 del Tribunal Administrativo Federal de Alemania, asunto 9 C 6/00.

[889] Artículo 14. «Revocación, finalización o denegación de la renovación del estatuto

1. Por lo que respecta a las solicitudes de protección internacional presentadas después de la entrada en vigor de la Directiva 2004/83/CE, los Estados miembros revocarán el estatuto de refugiado concedido a los nacionales de terceros países o apátridas por un organismo gubernamental, administrativo, judicial o cuasi judicial, o dispondrán la finalización de dicho estatuto o se negarán a renovarlo, en caso de que dichas personas hayan dejado de ser refugiados de conformidad con el artículo 11.
2. Sin perjuicio del deber del refugiado, de acuerdo con el artículo 4, apartado 1, de proporcionar todos los hechos pertinentes y presentar toda la documentación pertinente que obre en su poder, el Estado miembro que haya concedido el estatuto de refugiado establecerá en cada caso que la persona de que se trate ha dejado de ser o nunca ha sido refugiado de conformidad con el apartado 1 del presente artículo.
3. Los Estados miembros revocarán el estatuto de refugiado de un nacional de un tercer país o de un apátrida, o dispondrán la finalización de dicho estatuto o se negarán a renovarlo, si, una vez que se le haya concedido dicho estatuto, el Estado miembro de que se trate comprueba que:

a) debería haber quedado excluido o está excluido de ser refugiado con arreglo al artículo 12;

b) la tergiversación u omisión de hechos por su parte, incluido el uso de documentos falsos, fueron decisivos para la concesión del estatuto de refugiado 4. Los Estados miembros podrán revocar el estatuto concedido a un refugiado por un organismo gubernamental, administrativo, judicial o cuasi judicial, o disponer la finalización de dicho estatuto o negarse a renovarlo, en caso de que:

a) existan motivos razonables para considerar que dicha persona constituye un peligro para la seguridad del Estado miembro en el que se encuentra;

refoulement. En este sentido, destacamos la Sentencia del TJUE en los asuntos acumulados *M c. Ministerstvo vnitra* y *X y X. c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, relacionados con el primer motivo referido de la seguridad del Estado, donde señala que los motivos de revocación y de denegación contemplados en la Directiva se corresponden con los motivos establecidos en la Convención de Ginebra que permiten la devolución de un refugiado[890]. La diferencia es que mientras la Convención de Ginebra permite privar al refugiado del beneficio del principio de no devolución hacia un país en el que peligre su vida o su libertad, la Directiva debe interpretarse y aplicarse dentro del respeto de los derechos garantizados por la Carta y que excluyen la posibilidad de proceder a una devolución a un país en que peligre su identidad. Recordamos que la Carta prohíbe en términos absolutos la tortura y las penas y los tratos inhumanos o degradantes, con independencia del comportamiento de la persona de que se trate, así como su expulsión a un Estado donde exista un riesgo serio de que sea sometida a esos tratos[891].

En estas circunstancias, el Tribunal de Justicia considera que, en la medida en que la Directiva prevé la posibilidad de que se revoque o deniegue la concesión del estatuto de refugiado, considerando que la Convención de Ginebra permite, por los mismos motivos, devolver a un refugiado a un Estado donde peligre su vida o su libertad, el Derecho de la UE concede a los refugiados una protección internacional más amplia que la garantizada por dicha Convención. Y ello porque el Tribunal de Justicia estima que la revocación del estatuto de refugiado o la denegación de su concesión no tienen por efecto que la persona que alberga temores fundados a ser perseguida en su país de origen pierda la condición de refugiado.

En este sentido, una persona que tiene esta condición de refugiado debe disponer imperativamente de los derechos consagrados por la Convención de Ginebra a los que hace expresa referencia el artículo 14.6 de la Directiva en el contexto de la revocación y de la denegación del estatuto de refugiado, así como de los derechos previstos por dicha Convención cuyo goce no exija una residencia legal, sino la mera presencia física del refugiado en el territorio del Estado de acogida. En el ámbito de esos derechos, entendemos que se incardina el principio de no devolución cuando peligra su derecho a

---

b) habiendo sido condenado por sentencia firme por un delito de especial gravedad, constituye un peligro para la comunidad de dicho Estado miembro.

5. En las situaciones descritas en el apartado 4, los Estados miembros podrán decidir que se deniegue el estatuto en caso de que la decisión no se haya tomado aún.

6. Las personas a las que se apliquen los apartados 4 o 5 gozarán de los derechos contemplados en los artículos 3, 4, 16, 22, 31, 32 y 33 de la Convención de Ginebra o de derechos similares a condición de que se encuentren en el Estado miembro».

[890] Véase la STJUE de 14 de mayo de 2019, asuntos acumulados C-391/16, C-77/17 y C-78/17, *M y otros contra Ministerstvo vnitra y X. y X. contra Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*.

[891] Este ámbito del principio de *non refoulement* en caso de peligro de tortura y las penas y los tratos inhumanos o degradantes será desarrollado en el siguiente capítulo.

la vida, a la integridad física o su libertad. Por lo tanto, seguiría amparado por tal principio, a pesar de la revocación de su estatuto de refugiado.

D. Las directivas de 2013 sobre procedimiento y condiciones de acogida y la expulsión de solicitantes de protección internacional

1. Las directivas de 2013 y su función

Sobre el procedimiento común contemplado por el Sistema Europeo de Asilo para la concesión o retirada de la protección internacional, al que nos vamos a referir solo en lo que atañe al objeto de estudio de este trabajo, cabe citar la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional.

El artículo 9.1 de la referida Directiva 2013/32 establece que la presencia del solicitante de asilo en el territorio de un Estado miembro de la UE es legal, e indica que los solicitantes de asilo estarán «autorizados a permanecer en el Estado miembro» a efectos del procedimiento hasta que la autoridad responsable haya tomado una decisión, aunque existen algunas excepciones, en concreto, para el caso de solicitudes posteriores.

De conformidad con el artículo 9.1 de la citada Directiva:

«Los solicitantes estarán autorizados a permanecer en el Estado miembro, únicamente a efectos del procedimiento, hasta que la autoridad decisoria haya dictado una resolución de conformidad con los procedimientos en primera instancia establecidos en el capítulo III. Ese derecho a permanecer no constituirá un derecho a obtener un permiso de residencia».

El artículo 10.2 de la misma enuncia que «al examinar las solicitudes de protección internacional, la autoridad decisoria determinará en primer lugar si los solicitantes reúnen los requisitos para ser refugiados y, de no ser así, determinará si son personas con derecho a protección subsidiaria».

Asimismo, cabe recordar que, de acuerdo al considerando 29, ciertos solicitantes pueden llegar a necesitar garantías procedimentales especiales por determinadas razones, entre las cuales se menciona la orientación sexual e identidad de género, y es el deber de los Estados miembros identificar a dichas personas antes de que cualquier resolución en primera instancia sea adoptada.

En cuanto a las condiciones de acogida, mientras los solicitantes esperan a que se estudie su solicitud, se estará a lo dispuesto la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la

acogida de los solicitantes de protección internacional. Aquí también se contempla con más detalle la libre circulación de los beneficiarios de protección internacional (art. 7), así como disposiciones específicas respecto a personas vulnerables y, en concreto, sobre menores no acompañados (art. 24).

De conformidad con el artículo 6 de esta Directiva, todas las personas que presentan una solicitud de asilo han de recibir, en un plazo de tres días, un documento que certifique su estatus de solicitantes de asilo o que están autorizados a permanecer mientras la solicitud de asilo esté pendiente de examen. En virtud del artículo 6.2, los Estados pueden abstenerse de ello cuando el solicitante se encuentre detenido o en frontera.

2. Las personas especialmente vulnerables y el principio de no devolución

La Directiva no se refiere a la orientación sexual o a la identidad de género en su lista *numerus clausus* del artículo 21 como categorías vulnerables con necesidades especiales. A pesar de ello, la EASO establece que «se incluirá a todo solicitante que presente alguna necesidad de acogida especial. El género, la identidad de género y la orientación sexual son factores específicos que se deben tener en cuenta a este respecto»[892].

Por su parte, la ya referida Directiva de Retorno determina la obligación de los Estados miembros de tener en cuenta con carácter especial: «a) el interés superior del niño[893] b) la vida familiar c) el estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate, y respetarán el principio de no devolución» (art. 5)[894].

Con respecto a una categoría especialmente vulnerable, los menores, cabe mencionar la interesante interpretación que hace el TJUE sobre el contenido de esta Directiva respecto al retorno de los menores no acompañados y el respeto al principio de no devolución, con ocasión de una reciente cuestión prejudicial planteada por el gobierno neerlandés en 2021[895]. En la cuestión relativa a la interpretación del artículo 6.1 de la Directiva 2008/115, en relación con su artículo 5 a) y con el artículo 24.2[896] de la Carta,

---

[892] EASO, *Guidance on receptio conditions: operational standards and indicators*. 2016, p. 10.

[893] Procede señalar que la Directiva 2008/115 no define el concepto de «menor». No obstante, el artículo 2, letra d), de la Directiva 2013/33 define como menor «el nacional de un tercer país o apátrida menor de 18 años». Para una aplicación coherente y uniforme del Derecho de la Unión en materia de asilo e inmigración, el TJUE entiende que debe adoptarse la misma definición en el marco de la Directiva 2008/115.

[894] Véanse, a este respecto, la STEDH de 2 de febrero de 1997, *D. c. el Reino Unido* (expulsión de un enfermo terminal) y la STEDH de 13 de diciembre de 2016, *Paposhvili c. Bélgica* (ausencia de un riesgo inminente de muerte).

[895] Véase la STJUE de 14 de enero de 2021, asunto C-441/19, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*.

[896] En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor debe constituir una consideración primordial.

el Tribunal concluye que «antes de dictar una decisión de retorno respecto de un menor no acompañado, el Estado miembro del que se trate debe realizar una apreciación general y exhaustiva de la situación del menor, teniendo debidamente en cuenta el interés superior del niño».

En este contexto, dicho Estado miembro debe cerciorarse de que en el Estado de retorno se encuentra disponible una acogida adecuada para el menor no acompañado, tal como ha declarado el Tribunal de Justicia, en su interpretación del artículo 5 de la Directiva 2008/115, titulado «no devolución, interés superior del niño, vida familiar y estado de salud». Según este precepto, los Estados miembros, al aplicar dicha Directiva, «deben, por una parte, tener debidamente en cuenta el interés superior del niño, la vida familiar y el estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate y, por otra, respetar el principio de no devolución»[897].

Así, entiende el Tribunal que:

«El Estado miembro de que se trate ha de tener debidamente en cuenta varios factores para decidir si adopta o no una decisión de retorno contra un menor no acompañado, en particular, la edad, el sexo, la especial vulnerabilidad, el estado de salud física y mental, la estancia en una familia de acogida, el nivel de escolarización y el entorno social de dicho menor. (…). El artículo 10, apartado 2, de esta Directiva dispone que, antes de expulsar del territorio de un Estado miembro a un menor no acompañado, las autoridades de ese Estado miembro se cerciorarán de que será entregado a un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno»[898].

En caso contrario, aunque haya sido objeto de una decisión de retorno, no podría ser expulsado, ya que es preciso proteger el interés superior del niño en todas las fases del procedimiento, tal y como se desprende del artículo 5 a) de la Directiva 2008/115 y en el artículo 24.2 de la Carta. Por tanto, «antes de adoptar una decisión de retorno, el Estado miembro de que se trate debe llevar a cabo una investigación para comprobar, en concreto, que se encuentra disponible una acogida adecuada en el Estado de retorno para el menor no acompañado»[899].

La última cuestión prejudicial que plantea el órgano jurisdiccional se refiere a si «el artículo 8, apartado 1[900], de la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de

[897] STJUE de 14 de enero de 2021, asunto C-441/19, *op.cit*., párr. 58. Véanse, asimismo, la STJUE de 11 de diciembre de 2014, asunto C-249/13, *Boudjlida*, párr. 48 y la STJUE de 8 de mayo de 2018, asunto C-82/16, *K. A. y otros (Reagrupación familiar en Bélgica)*, párr. 102.

[898] STJUE de 14 de enero de 2021, asunto C-441/19, *op.cit*., págs. 47 y 48.

[899] *Ibid*., párr. 55.

[900] Artículo 8.1: «Los Estados miembros tomarán todas las medidas necesarias para hacer cumplir la decisión de retorno cuando no se haya concedido un plazo para la salida voluntaria de conformidad con el artículo 7, apartado 4, o cuando no se haya cumplido con la obligación de retorno dentro del plazo para la salida voluntaria concedido de conformidad con el artículo 7».

que se opone a que un Estado miembro, tras haber adoptado una decisión de retorno respecto de un menor no acompañado, posteriormente se abstenga de proceder a su expulsión hasta que haya alcanzado los 18 años»[901]. Así, «en el supuesto de que en la fase de expulsión ya no pudiera asegurarse una acogida adecuada en el Estado de retorno para el menor no acompañado, el Estado miembro de que se trate no podrá ejecutar la decisión de retorno»[902].

E. Otra normativa aplicable en el sistema europeo de asilo

En cuanto al Estado responsable de conocer y examinar la solicitud de asilo, se fijan los criterios en el denominado «Reglamento Dublín III»[903], teniendo en cuenta el papel que haya desempeñado el Estado en la entrada o residencia del solicitante.

A este respecto, cabe recordar la Decisión sobre admisibilidad del TEDH de 7 de marzo de 2000 relativa al caso *T.I. c. Reino Unido*, en la que el Tribunal ya afirmó que, al decidir en materia de asilo, un Estado no puede confiar automáticamente en los términos del Reglamento de Dublín; pues, por muy laudables que sean sus objetivos, su efectividad puede resultar reducida en la práctica por las medidas adoptadas por los Estados respecto del alcance de la protección[904]. Al aplicar el Reglamento de Dublín, los Estados deben asegurarse de que el procedimiento de asilo del Estado al que se traslada al demandante ofrece las suficientes garantías para evitar que este sea expulsado o entregado, directa o indirectamente, a su país de origen, sin valorar los riesgos a los que se enfrenta desde el punto de vista del artículo 3 del Convenio[905].

Además, y en línea con el Reglamento Dublín II, se contemplan principios de protección de unidad familiar y del interés superior del niño. Los criterios de responsabilidad de examen pueden ser adoptados por motivos «humanitarios y compasivos»[906].

---

[901] STJUE de 14 de enero de 2021, asunto C-441/19, *op.cit*., párr. 69.

[902] *Ibid*., párr. 78.

[903] Reglamento (UE) n.º 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida.

[904] Véase, en general, la Decisión de admisibilidad del TEDH de 7 de marzo del 2000, *T.I. v. The United Kingdom*.

[905] El artículo 3 del CEDH, referido a la prohibición de la tortura, dispone: «Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes».

[906] STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* (devolución de un Estado miembro de la UE a otro en el que el interesado estuvo en situación de indigencia) y STEDH de 4 de noviembre de 2014, *Tarakhel c. Suiza* (garantías individuales).

Igualmente, las normas sobre el internamiento de solicitantes y sobre el posible «colapso de los sistemas de asilo» son completadas por la exigencia del establecimiento de mecanismos de alerta rápida, capaces de dar respuesta y gestión a crisis en materia de asilo. Además, el procedimiento de conciliación permite dar solución a los desacuerdos que puedan surgir entre ellos sobre el cumplimiento del Reglamento[907].

En todo caso, los Estados han de asegurarse de que las personas no sean enviadas a Estados miembros de la UE cuyos sistemas de asilo y acogida presenten deficiencias. Por esta razón, a fin de evitar vulneraciones graves de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, es posible que en algunos casos un Estado tenga que examinar una solicitud de asilo, aunque no le corresponda hacerlo de conformidad con el Reglamento de Dublín[908]. Así, en los asuntos acumulados *N.S y otros*, el TJUE emitió una decisión preliminar para determinar si en ciertas circunstancias un Estado puede estar obligado a examinar una solicitud en virtud de la cláusula de soberanía del artículo 3.2 del Reglamento de Dublín, aunque, con arreglo a los criterios de Dublín, la responsabilidad corresponda a otro Estado miembro de la UE[909]. El Tribunal aclaró que, al ejercer el poder discrecional que les otorga el artículo 3.2, los Estados miembros de la UE deben actuar de acuerdo con los derechos fundamentales y los principios reconocidos en la CDFUE. Así pues, cuando existan pruebas de deficiencias sistemáticas en el procedimiento de asilo y de condiciones de acogida que pueden dar lugar a una vulneración del artículo 4 de la Carta (prohibición de la tortura), los Estados miembros de la UE no podrán trasladar a un solicitante de asilo al Estado miembro responsable en el sentido del Reglamento[910]. Además, esto obliga al Estado miembro de la UE a examinar los otros criterios del Reglamento y a determinar si otro Estado miembro es responsable de examinar la solicitud de asilo[911]. Si no es posible identificar a otro Estado miembro de la UE o para hacerlo se necesita un tiempo excesivo, el propio Estado miembro puede examinar la solicitud de conformidad con el artículo 3.2[912].

El Tribunal de Justicia se pronunció, de nuevo, sobre un caso de traslado a Grecia de un solicitante de asilo, en virtud del Reglamento de Dublín, en su Sentencia de 14 de noviembre de 2013, asunto *Bundesrepublik Deutschland y Kaveh Puid*[913]. En este asunto,

---

[907] STJUE de 14 de enero de 2021, asunto C-441/19, *op.cit*.
[908] FRA, *Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración*, *op.cit*., p. 137.
[909] STJUE de 21 de diciembre de 2011, asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10, *N.S. y otros.*
[910] *Ibid*., párr. 86.
[911] *Ibid*., párr. 96.
[912] *Ibid*., párr. 97.
[913] STJUE de 14 de noviembre de 2013, asunto C-4/11, *Bundesrepublik Deutschland y Kaveh Pui.* Sobre este caso, véase en general: PÉTIN, J., «Droit d'asile et précisions jurisprudentielles sur la clause de souveraineté du règlement Dublin», GDR RUEDELSJ, 4 de diciembre de 2013. Disponible en http://www.gdr-elsj.eu/2013/12/04/asile/droit-dasile-et-precisions-sur-la-clause-de-souverainete-du-reglement-dublin/ [consulta: 15/05/23].

el Tribunal reiteró la jurisprudencia de la Sentencia *N.S. y otros*, antes citada, reafirmando la obligación del Estado miembro responsable de no trasladar al solicitante de asilo al Estado miembro considerado inicialmente como responsable, subrayando que existe una obligación de suspender el traslado del solicitante de asilo. Sin embargo, en esa situación, la imposibilidad de trasladar a un solicitante de asilo al Estado miembro considerado inicialmente como responsable no implica que el Estado miembro que suspenda el traslado esté obligado a examinar él mismo la solicitud de asilo con arreglo al artículo 3.2 del Reglamento 343/2003[914].

Por tanto, cualquier Estado miembro tiene la facultad de examinar él mismo la solicitud de asilo que le ha sido presentada, pero no la obligación de hacerlo. Así las cosas, el Estado miembro que procede a suspender el traslado del solicitante de asilo debe continuar examinando los criterios establecidos en el Reglamento 343/2003 para determinar que otro Estado miembro puede ser designado como responsable del examen de la solicitud de asilo. En virtud de lo dispuesto en el Reglamento Dublín III, cuando ello no sea posible, será responsable del examen el primer Estado miembro ante el que se haya presentado la solicitud de protección internacional (art. 32).

Finalmente, y a modo de resumen, en su Sentencia de 10 de diciembre de 2013, caso *Shamso Abdullahi*, el TJUE subrayó, una vez más, que, cuando un Estado miembro acepta hacerse responsable del examen de una solicitud de asilo, por ser el primer Estado miembro en que se produjo la entrada en el territorio de la Unión del solicitante de asilo, únicamente puede cuestionar la elección de tal criterio si invoca deficiencias sistemáticas del procedimiento de asilo, y/o de las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo en ese Estado miembro que constituyan motivos serios y acreditados para creer que dicho solicitante correrá un riego real de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes, en el sentido del artículo 4 de la Carta de Derechos Fundamentales[915].

[914] El art. 3.2 del Reglamento (CE) n.º 343/2003 del Consejo, 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 prevé que, «no obstante lo dispuesto en el apartado 1 del Reglamento, cualquier Estado miembro podrá examinar una solicitud de asilo que le sea presentada por un nacional de un país tercero, aun cuando este examen no le incumba en virtud de los criterios establecidos en el Reglamento».

[915] Véase en general, la STJUE de 10 de diciembre 2013, asunto C-394/12, *Shamso Abdullahi y Bundesaylamt.*

F. El Nuevo Pacto Europeo de Migración y Asilo de 2020

1. El Pacto

Sin entrar a valorar las consecuencias que está generando la invasión de Ucrania (de la que se estima ya que ha generado más de 4 millones de refugiados) la última gran crisis migratoria en la Unión Europea se produjo en 2015, generando 1.216.000 solicitudes de asilo y 1.822.000 de llegadas irregulares. Durante 2020, el debate migratorio se situó en un lugar destacado entre los grandes asuntos que centraban la política y la gobernanza europea, principalmente, en cuanto al control de fronteras y mayor eficacia de la gestión migratoria, lo que ha llegado incluso a salpicar desde debates parlamentarios hasta campañas electorales, llevando al Reino Unido a adoptar la decisión de abandonar la UE.

Al mismo tiempo, estos debates migratorios han servido como reclamo del nacional-populismo en muchos Estados miembros[916], y tras los atentados terroristas de Austria y Francia, se ha reanudado la presión sobre el refuerzo del control de fronteras, y sobre los sistemas de información, abarcando incluso otros ámbitos como el de la denominada «Ley de Servicios Digitales»[917] para poder actuar con rapidez ante contenidos terroristas y discursos de odio en las plataformas *online*. Todo ello sin olvidar la situación sanitaria generada por el COVID-19, que ha marcado especialmente los últimos dos años, afectando también a la movilidad intracomunitaria. Lo que ha llevado, incluso, a media docena de Estados miembros a restablecer los controles en las fronteras internas, alterando así uno de los pilares básicos comunitarios, la libre circulación de personas, y superando además las previsiones que el Reglamento Schengen contempla para situaciones excepcionales que afecten a la seguridad nacional y por períodos de vigencia limitados.

Todas estas circunstancias, unidas a las ya existentes sobre los problemas de integración y la migración irregular, han propiciado la revisión de la política migratoria y de asilo cuyo replanteamiento empezó a perfilarse ya en 2016, añadiendo nuevas propuestas en 2018[918]. La llegada de la nueva presidenta de la Comisión Europea sirvió

[916] Puede verse, por ejemplo, MOURA, Alfonso, "Populismo, flujos migratorios y el Estado soberano en el siglo XXI", en *Desafíos jurídicos en la gestión internacional y europea de los flujos migratorios: una mirada luso-española* (José Martín y Pérez de Nanclares y Daniel González Herrera, coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 76-88.

[917] Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE.

[918] Año en que se lanzaron las primeras propuestas de reforma del SECA junto con un paquete que incluía la reforma del Reglamento de Dublín, un Reglamento de Cualificación (es decir, de normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional), un Reglamento de Procedimientos de Asilo, el Reglamento EURODAC, el Reglamento de la nueva Agencia Europea de Asilo en sustitución de la actual EASO, un Reglamento

para dar un paso más, anunciando, en septiembre de 2019, el lanzamiento de un nuevo Pacto Europeo de Migración y Asilo, acompañado por varias propuestas legislativas y no legislativas.

Así, y en lo concerniente a la protección internacional, la Comisión se planteó la puesta en práctica de un marco europeo común legalmente sustentado sobre varios mecanismos, comenzando por un nuevo Reglamento sobre la Gestión del Asilo y la Migración, por el que se modificaría la Directiva 2003/109/CE del Consejo (sobre residentes de larga duración)[919], que incluye un nuevo mecanismo de solidaridad y establece los criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro responsable de examinar una solicitud de protección internacional (sustituyendo así la propuesta de modificación del Reglamento de Dublín).

Esto supondría, además, renunciar a imponer un sistema de reubicación obligatoria, que no ha cosechado el éxito esperado, y en su lugar, permitiría a los Estados miembros elegir entre la reubicación voluntaria o el patrocinio de retornos, junto con otro tipo de contribuciones o apoyos operativos por parte de las agencias europeas, lo que ha generado un debate en torno a la carga desigual que esto supondrá para algunos países tradicionalmente receptores de migrantes.

Asimismo, entre sus novedades se prevé que, en caso de ser un solicitante de protección internacional, se aplique el procedimiento fronterizo de asilo, para lo cual se articularía un único instrumento legislativo, el nuevo Reglamento sobre los Procedimientos de Asilo[920], de modo que aquellas solicitudes con menos probabilidades de ser aceptadas se examinarían rápidamente sin necesidad de entrar legalmente en el territorio del Estado miembro. Principalmente, se aplicaría a solicitantes procedentes de países con bajas tasas de reconocimiento o de aquellos que supongan una amenaza para la seguridad nacional, aspectos estos no exentos de ambigüedad que precisarían de un mayor perfilado normativo para salvaguardar, en todo caso, los derechos humanos. Por otro lado, el procedimiento normal de asilo seguiría aplicándose al resto de solicitudes de

Marco para Reasentamientos y una nueva Directiva de Acogida. Posteriormente, en 2018, se añadieron propuestas de reforma de la Directiva de Retorno, así como el Reglamento de la nueva FRONTEX y el sistema de visados (nuevo Código de Visados e Interoperabilidad del Sistema de Información de Visados).

919 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (COM(2020) 610 final).

920 Propuesta modificada de Reglamento por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE (COM (2020) 611, de 23 de septiembre de 2020).

asilo, con una gestión más eficiente. Se prevé en ello un nuevo papel para la Agencia de Asilo de la Unión Europea, regulada en el reciente Reglamento 2021/2303[921].

En todo caso, respecto a las necesidades especiales de los grupos vulnerables, como los menores no acompañados y los menores de doce años junto con sus familias, deberán quedar exentos del procedimiento fronterizo a menos que existan problemas de seguridad[922].

Para aquellos cuyas solicitudes hayan sido rechazadas en el procedimiento fronterizo de asilo, se aplicaría inmediatamente un procedimiento fronterizo de retorno de la UE, a través de una nueva estrategia sobre retorno voluntario y reintegración, mediante la revisión de la Directiva sobre Retorno. Ello exigiría también una cooperación más eficaz con terceros países en materia de retorno y readmisión[923]. Con esta propuesta se persigue mejorar su efectividad y asegurar un rápido retorno de los solicitantes rechazados, considerando que la tasa media de retornos en la UE se encuentra alrededor del 36 por 100 (en el caso de España, la tasa es inferior, un 29 por 100)[924]. En este sistema común de retorno, Frontex desempeñará un papel de liderazgo y además se designará un coordinador de retornos y una Red de Alto Nivel para el Retorno.

Esta propuesta contiene también una serie de medidas que podrían generar un intenso debate, como las relacionadas con la exigencia de que la legislación nacional prevea al menos 3 meses como periodo mínimo inicial de internamiento, a fin de llevar a buen término los procedimientos de retorno y readmisión con terceros países (en varios Estados la legislación prevé periodos más cortos, entre ellos el nuestro, siendo la primera vez que se exige un periodo mínimo de internamiento, en lugar de máximo como hasta ahora). Sí se contempla, por el contrario, un periodo máximo para los procedimientos de asilo, a fin de garantizar que los nacionales de terceros países que ya hayan sido internados durante el examen de su solicitud de protección internacional en el marco del procedimiento fronterizo de asilo, puedan seguir internados durante un periodo máximo de 4 meses en el marco del procedimiento fronterizo de retorno.

Otros aspectos que podrían generar dificultades son, por un lado, el cumplimiento, por parte de los países de readmisión, de la normativa en materia de protección de

---

[921] Reglamento (UE) 2021/2303 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 2021 relativo a la Agencia de Asilo de la Unión Europea y por el que se deroga el Reglamento (UE) n.º 439/2010.

[922] Véase COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación sobre la protección de los menores migrant*es, COM (2017) 211, de 12 de abril de 2017, en la que se recomienda un conjunto completo de medidas para reforzar su protección en todas las fases del proceso migratorio.

[923] Una crítica a la política europea sobre acuerdos de readmisión con terceros países, puede verse en DÍEZ PERALTA, Eva, "Los acuerdos de readmisión de la UE y su impacto sobre los derechos", en *Fronteras, migraciones y Derechos Humanos* (Federico Arcos Ramírez y Eva Díez Peralta, eds.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 177-202.

[924] Fuentes: Ministerio de Interior y Eurostat.

datos[925], especialmente con los retornos a los países con los que no existen acuerdos de readmisión. Por otro lado, los intentos de cooperación con los principales países de origen de los nacionales de terceros países en situación irregular sujetos a una obligación de retorno no siempre logran garantizar que estos terceros países cumplan sistemáticamente la obligación establecida por el Derecho internacional de readmitir a sus propios nacionales.

2. Situación actual del Pacto

En enero de 2022, la Presidencia Francesa del Consejo de la UE decidió apostar por un enfoque gradual ("step by step") basado en la adopción de unos instrumentos legislativos primero, para luego ir seguidos de otro, abandonando, así, el denominado "enfoque paquete" que llevó al bloqueo de las negociaciones (la aprobación de todos los instrumentos legislativos en bloque, a la vez).

En junio 2022, el Consejo adopta el mandato negociador de los Reglamentos de Screening y Eurodac (además del Código de Fronteras Schengen, "el expediente" por excelencia de su Presidencia)[926].

Asimismo, se aprueba una Declaración política sobre un Mecanismo de Solidaridad basado en la voluntariedad y que establece un plazo temporal de un año, declaración que fue suscrita por la mayoría de los estados Miembros (18 EEMM).

En julio 2022, bajo la presidencia Checa, el Parlamento Europeo se muestra contrario a cualquier tipo de negociación respecto a los dos Reglamentos citados por entender que no se avanza en el Consejo en lo relativo a la solidaridad (en concreto, en el Reglamento de Gestión migratoria y Asilo- y el Reglamento de gestión ante situaciones de crisis) . Con todo, se acuerda una hoja de ruta para lograr un acuerdo en los expedientes que conforman el Nuevo Pacto de Migración y Asilo: los colegisladores comenzarían los trílogos en los Reglamentos de Screening y Eurodac a cambio de que se confirmasen los

[925] En concreto, nos referimos al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) y la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.

926 Una dura crítica sobre alguna de las propuestas, puede verse en LA SPINA, Encarnación, "La evaluación de vulnerabilidades migrantes y el procedimiento de control previo de entrada en las fronteras exteriores europeas: aporías y desafíos", en *Fronteras, migraciones y Derechos Humanos* (Federico Arcos Ramírez y Eva Díez Peralta, eds.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp.147-175.

textos acordados provisionalmente en 2018 sobre el Reglamento de cualificación, el Reglamento de reasentamiento y la Directiva de Acogida. La Presidencia checa continuó trabajando en un documento de discusión sobre los elementos que podrían conformar un mecanismo europeo de solidaridad permanente, obligatoria y flexible tanto ante situaciones de presión migratoria sostenida como para aquellos casos de crisis.

Bajo la Presidencia sueca, en el primer semestre de 2023, la posición respecto a los expedientes de asilo aún en negociación queda del siguiente modo:

- Reglamento de gestión del asilo y la migración (AMMR): pendiente de lograr orientación general.
- Reglamento de procedimientos de asilo (APR): pendiente de lograr orientación general.
- Empezar trílogos (e idealmente acuerdo político): Reglamentos de Eurodac, Screening, Reasentamiento y Cualificación y Directiva de condiciones de acogida.
- Comenzar a discutir a nivel técnico el Reglamento en situación de crisis y fuerza mayor.

Este es el listón que recoge el 1 de julio de 2023 España al frente de la Presidencia del Consejo y que está superando las expectativas ya que, tras pasar a trílogos dos de los siete expedientes del Pacto (la refundición de la Directiva de Larga Duración y la de Permiso Único) cada vez, parece más cercano el nuevo Pacto sobre el que la presidencia española ha supuesto un impulso definitivo.

G. Consecuencias de la invasión de Ucrania sobre la protección de las personas refugiadas

1. Introducción

Para completar el «acervo comunitario» en materia de protección internacional cabe citar la Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida. Esta Directiva tiene por objeto garantizar a las personas desplazadas protección inmediata y durante un año (prorrogable automáticamente por periodos de 6 meses durante un año), sin perjuicio del reconocimiento del estatuto de refugiado de conformidad con la Convención de Ginebra.

Como consecuencia de la invasión por parte de Rusia a Ucrania, iniciada oficialmente el 24 de febrero de 2022, se reactiva la citada Directiva y así los nacionales ucranianos y las personas que hayan llegado a Ucrania, así como los miembros de sus familias desplazados por el conflicto, tendrán derecho a protección en toda la Unión Europea, incluidos los nacionales no ucranianos y apátridas que residan legalmente en Ucrania y que no puedan regresar a su país o región de origen, como los solicitantes de asilo o los beneficiarios de protección internacional[927].

En el caso de que un ciudadano ucraniano estuviese en España durante el estallido del conflicto (es decir, antes del 24 de febrero), éste permanecerá en situación regular durante 90 días a contar desde la entrada. Si dicho ciudadano ucraniano tuviera una solicitud de extranjería en trámite o en vigor, y la situación en Ucrania le imposibilita la obtención de algunos de los documentos necesarios para tramitar tu autorización de residencia y trabajo, debe dirigirse a la Oficina de Extranjería de la provincia donde vive. Se contempla además un procedimiento de acogida de personas desplazadas que carecen de recursos económicos, ayuda que podrá ser solicitada por:

a) Personas desplazadas de Ucrania a partir del 24 de febrero de 2022 a consecuencia de la invasión rusa iniciada en tal fecha.
b) Personas residentes en Ucrania que se encontraban en España cuando estalló el conflicto y no han podido regresar a su país.

También se incluyen a personas apátridas residentes de larga duración en Ucrania (es decir, más de 5 años), con sus familias.

Para el resto de los casos, y respecto a la reagrupación familiar, cabe citar la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003.

A ello se añade el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras («Código de fronteras Schengen») en cuyo art. 3 se establece la no afectación a «a) los derechos de los beneficiarios del derecho a la libre circulación con arreglo al Derecho de la Unión; b) los derechos de los refugiados y solicitantes de protección internacional, en particular en lo relativo a la no devolución».

Así pues, el derecho del solicitante de protección internacional de entrar en territorio de la UE prevalecerá sobre las previsiones de este Código, por lo que no nos extendemos en este apartado sobre el mismo.

[927] Puede verse al respecto ABRISKETA URIARTE, Joana, "La urgente y necesaria construcción y desarrollo de una política europea de inmigración para la integración de la población inmigrante", *Desafíos jurídicos en la gestión internacional y europea de los flujos migratorios: una mirada luso-española* (José Martín y Pérez de Nanclares y Daniel González Herrera, coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 187-216.

Cabe subrayar también la regulación del art. 29 del Código de Fronteras Schengen, introducida a través del Reglamento 2016/1624[928] para hacer frente a circunstancias excepcionales que pongan en peligro el funcionamiento general del espacio sin controles en las fronteras interiores, permitiendo prolongar los controles en las fronteras durante dos años siempre que el mecanismo de evaluación de Schengen demuestre que existen deficiencias graves en las fronteras exteriores del espacio Schengen. Recordamos que Hungría fue el Estado miembro que inauguró la política de construcción de vallas en respuesta a la crisis de los refugiados, cerrando primero su frontera con Serbia y después con Croacia. Asimismo, la excepcional situación vivida por la pandemia COVID-19 ha reactivado los controles internos[929].

2. Problemática planteada por la protección temporal para los refugiados ucranianos (PT) y posibles soluciones ante la finalización de su vigencia

El problema se plantea debido a que la Directiva 2001/55/CE debía permanecer en vigor hasta el 4 de marzo de 2023[930], esto es contemplaba una duración máxima de la protección temporal de tres años. En la comunicación de la Comisión relativa a las directrices operativas para la aplicación de la Decisión de Ejecución 2022/382 se subrayaba que el período de un año era objetivo, es decir, que se prolonga hasta el 4 de marzo de 2023, independientemente del momento en que se haya expedido el permiso de residencia.

Por lo tanto, la fecha de finalización de todos los permisos de residencia expedidos en virtud de la Decisión del Consejo sería el 4 de marzo de 2023, de conformidad con el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2001/55/CE. El artículo 4 de la Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001 es taxativo en cuanto a las prórrogas posibles de la decisión de conceder protección temporal, siendo el horizonte temporal

[928] Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2016 sobre la guardia europea de fronteras y costas, por el que se modifica el reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se derogan el Reglamento (CE) 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, el Reglamento (CE) 2007/2004 del Consejo y la Decisión 2005/267/CE del Consejo.

[929] Finalmente, sobre la información al respecto, cabe recordar el Reglamento (UE) 2019/817 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativo al establecimiento de un marco para la interoperabilidad de los sistemas de información de la UE en el ámbito de las fronteras y los visados y por el que se modifican los Reglamentos (CE) 767/2008, (UE) 2016/399, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240, (UE) 2018/1726 y (UE) 2018/1861del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Decisiones 2004/512/CE y 2008/633/JAI del Consejo. Igualmente, sería de aplicación el Reglamento (UE) 2019/818 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativo al establecimiento de un marco para la interoperabilidad entre los sistemas de información de la UE en el ámbito de la cooperación policial y judicial, el asilo y la migración y por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2018/1726, (UE) 2018/1862 y (UE) 2019/816.

[930] En España, se traslada dicha Directiva con la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo, de 4 de marzo de 2022, por la que se constata la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de Ucrania, en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2001/55/CE, y con el efecto de que se inicie la protección temporal.

máximo permitido bajo la misma marzo de 2025. La protección temporal finalizará cuando se haya alcanzado la duración máxima o en cualquier momento antes de esa fecha si el Consejo establece que la situación en Ucrania permite un retorno seguro.

En este sentido, el considerando 21 de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo de 4 de marzo establece que: (1) la protección temporal debe tener una duración inicial de un año, (2) salvo que se ponga fin a la protección temporal por los motivos establecidos en la propia Directiva, ésta debe prorrogarse automáticamente por seis períodos mensuales durante un plazo máximo de un año y (3) en función de la situación, la Comisión podrá proponer al Consejo la prórroga de la protección temporal durante un año como máximo.

El 14 de octubre de 2022, en la reunión del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior, la Comisión anunció que la protección temporal en virtud de la Directiva se prorrogaría automáticamente por dos periodos de seis meses, por un periodo de un año, hasta el 4 de marzo de 2024. Por tanto, teniendo en cuenta la situación del conflicto de Ucrania, es probable que la Comisión proponga al Consejo prorrogar la protección temporal máximo un año más (marzo de 2025).

Para ello, la Comisión tiene que elaborar una propuesta de Decisión que debe aprobarse y que puede implicar una serie de retos que no se tuvieron en cuenta en la primera prórroga, comenzando por la vigencia de los documentos de PT:

La comunicación de la Comisión relativa a las directrices operativas para la aplicación de la Decisión de Ejecución 2022/382 recomendaba a los EEMM, con el fin de reducir la carga administrativa de la renovación de los permisos, la concesión de un permiso de residencia por un período de dos años desde el principio, a sabiendas de que se puede poner fin a la protección temporal en cualquier momento. Algunos países como Alemania o España lo hicieron así, de forma que la prórroga hasta marzo de 2024 no supuso una carga administrativa para las autoridades correspondientes ya que los documentos emitidos en 2023 eran válidos.

Sin embargo, la situación para la próxima prórroga de 2024 a 2025 es diferente. Todos los documentos acreditativos de ser beneficiario de protección temporal (más de 4 millones de personas) expiran el mismo día, es decir, el 4 de marzo de 2024. Por tanto, la prórroga de la protección temporal, en principio tendría fecha de expiración de 4 de marzo de 2025. En la actualidad se está trabajando para ver las soluciones más allá de este fecha.

3. Propuestas planteadas para dar solución a dicha problemática

a) Modificar la directiva de protección temporal

Prorrogando la duración de protección temporal de tres a cinco años. Podría proponerse la prórroga automática, a través de una decisión del Consejo, y no por una decisión individual como está ahora previsto de aquellas personas que participen en un programa de retorno tras la finalización de la situación de protección temporal.

Por otro lado, habría que modificar los artículos de la Directiva donde se hace referencia a la compatibilidad entre el estatuto de protección temporal y el de asilo y los regímenes que proceden al finalizar la situación de protección temporal, para:

Prever una prórroga automática de las condiciones de protección temporal a su finalización hasta que se resuelva el expediente de protección internacional o el de extranjería iniciado a solicitud del beneficiario de la protección temporal.

Y/o fijar la compatibilidad obligatoria (que no sea una opción de los EEMM como en el artículo 19) entre el estatuto de refugiado y el de protección temporal mientras se tramita el primero

b) Modificar la normativa de protección internacional

Esta opción supondría facilitar la transición desde el fin de la protección temporal a la situación de protección internacional, en el caso de que continúen vigentes la situación que motivo esa protección, evitando la sobrecarga de los sistemas nacionales de asilo, mediante el reconocimiento automático de todos aquellos que habiendo sido beneficiarios de protección temporal la soliciten. Esta opción debería conllevar el derecho a trabajar o continuar trabajando desde el mismo momento de la solicitud, salvo que se hubiera aprobado la prórroga automática a la que se hace referencia en el aparatado anterior. Desde nuestro punto de vista, consideramos ésta como la opción más factible. Además, este reconocimiento automático podría ser *ope legis* o mediante previa decisión del Consejo.

c) Modificar la normativa europea migratoria ordinaria

Esta tercera solución implicaría incorporar a la directiva de estatuto de residencia de larga duración que el periodo de protección temporal permita, pasado un cierto tiempo (por ejemplo 3 años o menos), acceder a la residencia de larga duración europea y no exigir la necesidad de recursos.

Igualmente, podría incorporarse al campo de aplicación de la norma de permiso único a los beneficiarios de protección temporal, para que aquellos que tengan trabajo puedan continuar.

Por otro lado, también se podría coordinar la tramitación de esos expedientes con la prórroga automática de las condiciones de protección temporal, para que no queden en situación irregular y puedan perder el permiso mientras se tramita la solicitud.

O bien, finalmente, se podría favorecer el que puedan retornar a su país. Podría, además, establecerse programas de retorno voluntario durante un periodo de tiempo limitado desde que accedan a alguno de esos permisos.

Recapitulación de las principales normas de la UE sobre protección internacional

- Artículos 67, 78 y 80 TFUE
- CDFUE (especialmente, arts. 18 y 19)
- Reglamento (UE) 604/2013 (Dublín III)
- Reglamento (UE) No 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia.
- 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 protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición).
- Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición).
- Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional.
- Reglamento (UE) 2021/2303 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 2021 relativo a la Agencia de Asilo de la Unión Europea y por el que se deroga el Reglamento (UE) 439/2010.

- Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida.

CAPÍTULO VI

LA PROTECCIÓN FRENTE A LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES COMO LÍMITE FRENTE A LA EXPULSIÓN

«*El hombre sano no tortura a otros, por lo general es el torturado el que se convierte en torturador*»

Carl Gustav Jung

I. LA PROTECCIÓN FRENTE A LA TORTURA DESDE LOS PRINCIPALES INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

La prohibición de la tortura se contempló por primera vez en un texto internacional en 1948 mediante la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y fue reflejándose poco a poco en otros instrumentos internacionales, como en los artículos 12.2, 109 y 118 del III Convenio de Ginebra relativo al Trato debido a los Prisioneros de Guerra, de 12 de agosto de 1949; el artículo 45.4 del IV Convenio de Ginebra relativo a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra, de 12 de agosto de 1949; en el Acta final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Apátridas, de 23 de septiembre de 1954, o en el artículo 10 del Acuerdo relativo a los Marinos Refugiados, de 23 de noviembre de 1957.

Igualmente, este principio fue confirmado en 1966 mediante el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 7 recoge la prohibición absoluta de la tortura y del trato o castigo cruel, inhumano o degradante, estipulando que «nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos»[931].

[931] El derecho internacional de los derechos humanos acoge el conjunto de medidas para proteger al extranjero del riesgo de sufrir persecución o tortura. En el marco del PIDCP de 1966, el Comité de Derechos Humanos, en el ya citado asunto *Kindler c. Canada* (considerándose, en el marco de dicho Comité, el paralelo al también citado asunto *Soering c. Reino Unido* del TEDH), afirmó expresamente por primera vez que un Estado parte del Pacto no puede expulsar a una persona hacia un destino en que haya temores fundados de riesgo de sufrir tortura o malos tratos prohibidos por el art. 7 PIDCP. Asimismo, en la también citada Observación general n.º 20, el Comité indicó claramente que «los Estados Partes no deben exponer a las personas al peligro de ser sometidas a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes al regresar a otro país tras la extradición, la expulsión o la devolución» (párr. 9).

Una de las principales diferencias que adelantamos ya respecto a la protección de los solicitantes de asilo por riesgo de persecución en caso de expulsión es que la protección en caso de riesgo de tortura es absoluta. El artículo 4.2 del PIDCP establece explícitamente que el Estado no puede derogar el derecho a no ser sometido a tortura y otros malos tratos, consagrado en el citado artículo 7, ni siquiera en situaciones de emergencia pública. El Comité de Derechos Humanos remarcó este punto en su Observación general n.º 20, sobre el artículo 7, señalando que «no se puede invocar justificación o circunstancia atenuante alguna como pretexto para violar el artículo 7 por cualesquiera razones, en particular las basadas en una orden recibida de un superior jerárquico o de una autoridad pública»[932].

Este Comité precisó también que la determinación de si un trato en particular constituye una violación del artículo 7 «depende de todas las circunstancias del caso, como la duración y la forma del trato, sus efectos físicos o mentales y el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima»[933]. Sin embargo, no es suficiente que el trato sea capaz de producir un efecto físico o mental adverso, debe demostrarse que esto ha ocurrido en un caso específico.

El Comité considera que los Estados parte del PIDCP «no deben exponer a las personas al peligro de ser sometidas a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes al regresar a otro país tras la extradición, la expulsión o la devolución». Esta prohibición es más amplia que la que incluye la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en el sentido de que se extiende a todas las formas de malos tratos. Sin embargo, la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos en este punto es menor que la del Comité contra la Tortura. Al decidir si la deportación viola el artículo 7, el Comité considerará si la extradición o la expulsión expondrían al individuo a un riesgo real de maltrato, es decir, si el maltrato sería una «consecuencia necesaria y previsible» de la deportación[934]. Sin embargo, la angustia inherente a tener que abandonar un Estado en el que se ha vivido durante mucho tiempo no es suficiente en sí misma para constituir maltrato[935].

El artículo 13 del PIDCP establece lo siguiente:

«El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la

[932] Observación general n.º 20 del Comité de Derechos Humanos, *op.cit*., párr. 3.
[933] Véase el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 7 de abril de 1989, comunicación n.º 265/1987, *Vuolanne c. Finlandia*, párr. 9.2.
[934] Véanse el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1997, comunicación n.º 706/1996, 4 *G.T. c. Australia*, págs. 8.1, 8.6 y el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 28 de julio de 1997, comunicación n.º 692/1996, *A.R.J. c. Australia*, págs. 6.8 y 6.9.
[935] Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 3 de abril de 1997, comunicación n.º 558/1993, *Canepa c. Canadá*, párr. 11.2.

ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas».

Por otro lado, el Comité de Derechos Humanos permite al Estado parte un «muy amplio margen de discreción» al evaluar si un caso representa una amenaza a la seguridad nacional[936].

Otra de las diferencias respecto a la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, que se analizará más adelante, es que no existe ningún requisito en el PIDCP sobre el nivel de participación o conocimiento por parte de un funcionario del Estado para que un acto se califique como tortura o malos tratos. Aunque se precisa que:

«El Estado Parte tiene el deber de brindar a toda persona, mediante medidas legislativas y de otra índole, la protección necesaria contra los actos prohibidos por el artículo 7, sean infligidos por personas que actúen en el desempeño de sus funciones oficiales, al margen de dichas funciones o incluso a título privado»[937].

La prohibición contra los malos tratos no solo impone una obligación negativa a los representantes del Estado para que no participen en este tipo de actos, sino que el Estado también tiene obligaciones positivas de proteger a las personas dentro de su jurisdicción frente a los actos cometidos por los particulares[938].

Igualmente, el artículo 10 del PIDCP establece que «toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano». Esta disposición implica que los detenidos no pueden ser sometidos «a penurias o a restricciones que no sean los que resulten de la privación de la libertad, debiendo garantizarse el respeto de la dignidad de estas personas en las mismas condiciones aplicables a las personas libres»[939]. Por tanto, este precepto abarcaría conductas que no necesitan ser excesivamente severas para ser calificadas como trato cruel, inhumano o degradante, en los términos del artículo 7[940].

---

[936] Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 26 de julio de 2004, comunicación n.º 1136/2002, *Borzov c. Estonia.*

[937] Observación general n.º 20 del Comité de Derechos Humanos, *op.cit*., párr. 2.

[938] Véase también la Observación general n.º 31 del Comité de Derechos Humanos, *op.cit*., párr. 8.

[939] Observación general n.º 21 del Comité de Derechos Humanos, «Trato humano a personas privadas de su libertad», HRI/GEN/1/Rev.7, 1992, párr. 3.

[940] Sin perjuicio de este menor umbral de severidad y del hecho de que el Artículo 10, tomado en conjunto, no está incluido en la lista de derechos que no pueden suspenderse contenida en el Artículo 4 del PIDCP, el CDH ha concluido que el Artículo 10 expresa una norma del derecho internacional general y que, por lo tanto, no puede ser derogado. Véase la Observación general n.º 29 del Comité de Derechos Humanos, «Suspensiones durante un estado de emergencia», HRI/ GEN/1/Rev., párr.13(a).

Un año después de aprobarse el PIDCP, en el artículo 3 de la Declaración sobre el Asilo Territorial, adoptada el 14 diciembre de 1967, se incluyó dentro del concepto de persecución.

Asimismo, se contemplaba también en el ámbito de la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos de 1973 (al referirse como cualquier atentado contra la persona, libertad o dignidad de una persona internacionalmente protegida)[941]. En 1975, la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes[942] consideró en su artículo 2 que:

«Todo acto de tortura u otro trato o pena cruel, inhumano o degradante constituye una ofensa a la dignidad humana y será condenado como violación de los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas y de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos».

Sin embargo, no será hasta 1984 cuando se consagre un texto internacional vinculante exclusivamente a la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, al que nos remitiremos más en profundidad en el siguiente apartado.

Por su parte, y tal como hemos visto en el capítulo 2, la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas dedicó dos preceptos de su Proyecto de Articulado sobre la Expulsión de Extranjeros a la materia en cuestión: el art. 17, que prohíbe este tratamiento con relación a la conducta del Estado que expulsa a un extranjero y el art. 24, prohibiendo la expulsión a un Estado en el que esté en peligro de ser sometido a tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Incluso, entendiendo la expulsión de los extranjeros como una potestad soberana de los Estados, existen ciertos límites que protegen los derechos humanos. Así lo determinó la CIDH en el asunto *Mortlock c. Estados Unidos*, cuando afirmaba que, aun entendiendo que los Estados tenían el control sobre la entrada, residencia y expulsión de los extranjeros en su territorio, debían siempre respetarse los valores fundamentales de las sociedades democráticas:

«*Acknowledges that Member States have the right, as matter of well-established international law, to control the entry, residence, and expulsion of aliens. However, in exercising this right to expel such aliens, the Member State must have regard to certain protections which enshrine fundamental values of democratic societies*»[943].

[941] Adoptado mediante Resolución 3166 (XXVIII) de la AGNU, de 14 de diciembre de 1973.
[942]Adoptada mediante Resolución 3452 (XXX) de la AGNU, de 9 de diciembre de 1975.

[943]Informe n.º 63/08 de la CIDH de 25 de julio de 2008, *caso 12.534 – Andrea Mortlock c. Estados Unidos*, párr. 78.

El artículo 24, titulado «obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que podría ser sometido a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes», establece que «un Estado no expulsará a un extranjero a un Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometido a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes». Este precepto se inspira en el artículo 3 de la Convención contra la Tortura Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984. Sin embargo, el artículo 3 de la Convención de 1984 limita la obligación de no expulsión a los actos de tortura. No la hace extensiva, pues, a las situaciones en que exista una razón fundada para creer que el extranjero objeto de expulsión será sometido a un trato o pena cruel, inhumano degradante.

Por el contrario, el proyecto de artículo 24 amplía el alcance de la protección ofrecida por esta disposición convencional, ya que la obligación de no expulsión en él enunciada abarca no solo la tortura sino también otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Esta ampliación del alcance de la prohibición ha sido confirmada a nivel universal y en determinados sistemas regionales.

A nivel global, en la Observación general n.º 20 del Comité de Derechos Humanos se señala que «los Estados partes no deben exponer a las personas al peligro de ser sometidas a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes al regresar a otro país tras la extradición, la expulsión o la devolución». En el Dictamen relativo al asunto *Maksudov y otros c. Kirguistán*, de 31 de julio de 2008, el Comité de Derechos Humanos recordó el principio enunciado en la Observación general n.º 20 y añadió que «no debe supeditarse a consideraciones relativas a la seguridad nacional o al tipo de conducta de que es acusada o sospechosa la persona»[944].

En cuanto a la determinación de la existencia de «razones fundadas» en el sentido del proyecto de artículo 24, conviene recordar el texto del párrafo 2 del artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984, que exige que las autoridades competentes tengan en cuenta «todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos». Esta disposición ha sido interpretada en múltiples ocasiones por el Comité contra la Tortura, examinando diversas comunicaciones en que se alegaba que la expulsión de extranjeros a determinados Estados era contraria al artículo 3.

[944] Véase el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 31 de julio de 2008, *op.cit.*

A. La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes

1. Introducción

La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (UNCAT) entró en vigor el 26 de junio de 1987 y, a fecha de octubre de 2020, contaba con 171 Estados parte. El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes se firmó en 2003[945].

El órgano que se ocupa del control y de los informes sobre la Convención entregados por los Estados parte es el Comité contra la Tortura (CAT). Según el artículo 20 de la Convención, el Comité puede decidir llevar a cabo una investigación confidencial si recibe información contrastada de que en el territorio del Estado parte se producen torturas regularmente. Asimismo, según el artículo 22 de la Convención, un Estado parte podrá declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para la recepción y el examen de comunicaciones individuales[946]. Para ello, las víctimas deberán haber agotado previamente todos los recursos de la jurisdicción interna y deberán alegar una violación de las determinaciones de la Convención. Precisamente, este Comité ha examinado en numerosas ocasiones alegaciones de expulsión de extranjeros en vulneración del artículo 3 de la Convención[947].

---

[945] Otras Resoluciones relevantes en el ámbito de la ONU se enumeran a continuación:
- Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (2000)
- Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley (1990)
- Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (1979).

[946] El Comité no deberá admitir ninguna comunicación que concierna a un Estado parte que no haya realizado esa declaración.

[947] Véanse, en particular, el Dictamen del CAT de 27 de abril de 1994, comunicación n.º 13/1993, *Mutombo c. Suiza*, CAT/C/12/D/13/1993; el Dictamen del CAT de 15 de noviembre, comunicación n.º 15/1994, *Khan c. el Canadá*, A/50/44; Dictamen del CAT de 8 de mayo de 1996, comunicación n.º 41/1996, *Kisoki c. Suecia*, CAT/C /16/D/41/1996; el Dictamen del CAT de 15 de noviembre de 1996, comunicación n.º 43/1996, *Tala c. Suecia*, CAT/C/17/D/43/1996; Dictamen del CAT de 28 de abril de 1997, comunicación n.º 39/1996, *Páez c. Suecia*, CAT/C/18/D/39/1996; Dictamen del CAT de 9 de mayo de 1997, comunicación n.º 34/1995, *Aemei c. Suiza*, CAT/C/18/D/34/1995; Dictamen del CAT de 3 de septiembre de 1997, comunicación n.º 89/1997, *A. F. c. Suecia*, CAT/C/20/D/89/1997; Dictamen del CAT de 12 de noviembre de 1998, comunicación n.º 97/1997, *Ayas c. Suecia*, CAT/C/21/D/97/1997; Dictamen del CAT de 16 de noviembre de 1998, comunicación n.º 88/1997, *Korban c. Suecia*, CAT/C/21/D/88/1997; Dictamen del CAT de 20 de noviembre de 1998, comunicación n.º 101/1997, *Haydin c. Suecia*, CAT/C/21/D/101/1997; Dictamen del CAT de 14 de mayo de 1999, comunicación n.º 120/1998, *Elmi c. Australia*, CAT/C/22/D/120/1998; Dictamen del CAT de 6 de noviembre de 1999, comunicación n.º 149/1999, *A. S. c. Suecia*, CAT/C/25/D/149/1999; Dictamen del CAT de 9 de noviembre de 1999, comunicación n.º 63/1997, *Arana c. Francia*, CAT/C/23/D/63/1997; Dictamen del CAT de 8 de mayo de 2002, comunicación n.º 185/2001, *Karoui c. Suecia*, A/57/44; Dictamen del CAT de 17 de diciembre de 2004, comunicación n.º 133/1999, *Ríos c. el Canadá*, CAT/C/33/D/133/1999; Dictamen del CAT de 27 de mayo de 2005, comunicación n.º 226/2003, *T. A. c. Suecia*, CAT/C/34/D/226/2003; Dictamen del CAT de 24 de mayo de 2005, comunicación n.º 233/2003, *Agiza c. Suecia*, CAT/C/34/D/233/2003; Dictamen del

Según la definición de tortura que contiene el artículo 1, se pondría el acento para considerar una conducta bajo lo previsto por este instrumento internacional en la intencionalidad y en la autoría en nombre del Estado o bajo su consentimiento[948].

Así, el artículo 1.1 de la Convención la define como:

«(…) todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario u otra persona en el ejercicio de funciones públicas o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes a estas».

La Convención contra la Tortura prevé que cada Estado parte deberá tomar «medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole para impedir los actos de tortura en cualquier territorio que esté bajo su jurisdicción» (artículo 2.1). En ningún caso se podrán invocar circunstancias excepcionales (por ejemplo, estado o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública) para justificar la tortura (artículo 2.2). El delito de tortura no puede estar sujeto a excepciones, prescripciones ni a las leyes de amnistía. Por ello, la prohibición es absoluta[949]. Incluso la amenaza de la tortura representa una violación grave de la dignidad humana y forma parte de las actuaciones inhumanas y degradantes que están prohibidas según la Convención.

Aunque la prohibición de la tortura pertenece a los derechos humanos fundamentales, existe un debate abierto en sociedades constitucionales sobre la admisibilidad, en determinadas circunstancias, de la tortura[950]. Así, por citar algunos ejemplos, en Estados como Israel, España y los EEUU[951], entre otros, la tortura ha sido materia de debate principalmente en el contexto de la lucha contra el terrorismo.

CAT de 24 de mayo de 2005, comunicación n.º 195/2002, *Brada c. Francia*, CAT/C/34/D/195/2002; Dictamen del CAT de 5 de diciembre de 2005, comunicación n.º 258/2004, *Dadar c. el Canadá*, CAT/C/35/D/258/2004.

[948] Dictamen del CAT de 15 de mayo de 1998, comunicación n.º 83/1997, *G.R.B. c. Suecia*, CAT/C/20/D/83/1997, párr. 6.5.

[949] Véase CAT, *Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura – Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los territorios dependientes*, CAT/C/CR/33/3, 10 de diciembre de 2004, párs. 4(a) (ii) y 5(a).

[950] HÜFNER, K. y SCHLAAK, C., *Violaciones de los Derechos Humanos, op.cit*., p. 88.

[951] EEUU, siendo parte de esta Convención, expresó una serie de reservas, entre ellas, una especificando la no prohibición de aplicar, según su legislación, la pena de muerte sin que ello signifique estar en contra de la Convención: «4*) That the United States understands that international law does not prohibit the death penalty, and does not consider this Convention to restrict or prohibit the United States from applying the death penalty consistent with the Fifth, Eighth and/or Fourteenth Amendments to the Constitution of the*

En ocasiones, algunos Estados han justificado la tortura y otros malos tratos como una forma de proteger la seguridad pública o evitar emergencias, motivo por el que el Comité contra la Tortura insistió en la naturaleza absoluta de la prohibición en una declaración adoptada tras los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001[952]. Así, en sus Observaciones finales a los Estados partes[953] y en el caso *Agiza c. Suecia*, el Comité enfatizó que «las medidas de protección previstas en la Convención tienen un carácter absoluto, incluso en el contexto de la seguridad nacional»[954]. Aunque no profundizaremos en este tema para centrarnos en el objeto de estudio de este trabajo, sí vamos a puntualizar que, tal y como ha reiterado la jurisprudencia del TEDH, la lucha contra el terrorismo no puede llevarse a cabo vulnerando los principios sobre los que se asienta el Estado de Derecho, así como las normas internacionales de DDHH[955].

2. La obligación de no devolución

Por lo que respecta específicamente al objeto de estudio de este trabajo, la expulsión de los extranjeros, la Convención contiene la prohibición de expulsar o devolver a los no nacionales a un país donde existen motivos fundados para creer que pueden correr un riesgo real de ser sometidos a tortura[956]. Se trata de un principio

United States, including any constitutional period of confinement prior to the imposition of the death penalty» (reserva I(4) de los Estados Unidos a la UNCAT).

952 CAT, *Informe del Comité contra la Tortura – 27º y 28º periodos de sesiones*, A/57/44, 17 de mayo de 2002, págs. 17-18.

953 Véase, por ejemplo, CAT, *Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura – Estados Unidos de América*, CAT/C/USA/ C/2, 2006, págs. 14-15, donde el CAT reiteró que la UNCAT se aplica en tiempos de guerra y también en el territorio en el cual el Estado parte ejerce un control de facto.

954 Dictamen del CAT de 24 de mayo de 2005, comunicación n.º 233/2003, *Agiza c. Suecia*, CAT/C/34/D/233/2003, párr. 13.8.

955 SALINAS DE FRÍAS, A., «Detención, garantías esenciales y Estado de Derecho en la jurisprudencia del TEDH», *Revista de Derecho Político de la UNED*, núm. 79, 2010, pp. 285-307.

956 Véanse la Decisión del CAT de 27 de noviembre de 2014, comunicación n.º 492/2012, *Abed Azizi c. Suiza*, CAT/C/53/D/492/2012; Decisión del CAT de 2 de agosto de 2019, comunicación n.º 857/2017, *Cevdet Ayaz c. Serbia*, CAT/C/67/D/857/2017; Decisión del CAT de 22 de noviembre de 2019, comunicación n.º 782/2016, *Hanny Khater c. Marruecos*, CAT/C/68/D/782/2016; Decisión del CAT de 20 de diciembre 2019, comunicación n.º 826/2017, *IsmetBakay c. Marruecos*, CAT/C/68/D/826/2017; Decisión del CAT de 5 de diciembre de 2019, comunicación n.º 882/2018, *Flor Agustina Calfunao Paillalef c. Suiza*, CAT/C/68/D/882/2018; Decisión del CAT de 10 de agosto de 2017, comunicación n.º 625/2014, *G.I. c. Dinamarca*, CAT/C/61/D/625/2014; Decisión del CAT de 8 de mayo de 2015, comunicación n.º 538/2013, *Tursunov c. Kazajstán*, CAT/C/57/3; Decisión del CAT de 14 de mayo de 2014, comunicación n.º 475/2011, *Mumin Nasirov c. Kazajstán*, CAT/C/52/D/475/2011; Decisión del CAT de 10 de mayo de 2017, comunicación n.º 681/2015, *M.K.M. c. Australia*, CAT/C/60/D/681/2015; Decisión del CAT de 2 de mayo de 2017, comunicación n.º 639/2014, *N.A.A. c. Suiza*, CAT/C/60/D/639/2014; Decisión del CAT de 9 de agosto de 2017, comunicación n.º 747/2016, *H.Y. c. Suiza*, CAT/C/61/D/747/2016; Decisión del CAT de 25 de noviembre de 2015, comunicación n.º 586/2014, *R.G. y otros c. Suecia*, CAT/C/56/D/586/2014; Decisión del CAT de 21 de noviembre de 2011, comunicación n.º 374/2009, *S.M., H.M. y A.M. c. Suecia*, CAT/C/47/D/374/2009; Decisión del CAT de 23 de noviembre de 2015, comunicación n.º 562/2013, *J.K. c. Canada*, CAT/C/56/D/562/2013; Decisión del CAT de 23 de mayo de 2011, comunicación n.º 338/2008, *Uttam Mondal c. Suecia*, CAT/C/46/D/338/2008; Decisión del CAT de 6 de diciembre de 2018, comunicación n.º 758/2016, *Adam Harun c. Suiza*, CAT/C/65/D/758/2016; Decisión del CAT de 3 de agosto de 2018, comunicación n.º 742/2016, *A.N. c. Suiza*, CAT/C/64/D/742/2016; Decisión del CAT de 9

inderogable que se aplica en cualquier circunstancia, sin importar la naturaleza de las actividades a las que se hubiera dedicado dicha persona[957], tal y como se desprende del contenido del art. 3:

> «1. 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.
>
> 2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos».

La prohibición de la expulsión o devolución por el peligro de tortura también forma parte del derecho internacional consuetudinario, y ha obtenido el grado de norma perentoria del derecho internacional o *ius cogens*[958]. Esta norma impone la prohibición absoluta de cualquier forma de retorno forzado cuando exista el peligro de sufrir tortura, y es obligatoria para todos los Estados, incluyendo aquellos que no han suscrito los

---

de noviembre de 1999, comunicación n.º 63/1997, *Arkauz Arana c. Francia*, CAT/C/23/D/63/1997; Decisión del CAT de 4 de mayo de 2015, comunicación n.º 490/2012, *E.K.W. c. Finlandia*, CAT/C/54/D/490/2012; Decisión del CAT de 3 de junio de 2011, comunicación n.º 379/2009, *Sylvie Bakatu-Bia c. Suecia*, CAT/C/46/D/379/2009; Decisión del CAT de 14 de mayo de 2010, *comunicación n.º* 322/2007, *Njamba y Balikosa c. Suecia*, CAT/C/44/D/322/2007; Decisión del CAT de 20 de noviembre de 2015, comunicación n.º 613/2014, *F.B. c. Países Bajos*, CAT/C/56/D/613/2014; Decisión del CAT de 20 de noviembre de 2006, comunicación n.º 262/2005, *V.L. c. Suiza*, CAT/C/37/D/262/2005.

[957] Véase, por ejemplo, la Observación general n.º 29 del Comité de Derechos Humanos, «Estados de Emergencia (artículo 4)», CCPR/C/21/Rev.1/Add. 11, 31 de agosto de 2001, párr. 11; COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos – Canadá*, CCPR/C/CAN/CO/5, 2 de noviembre de 2005, párr. 15; Dictamen del CAT de 28 de abril de 1997, comunicación n.º 39/1996, *Páez c. Suecia*, CAT/C/18/D/39/1996, párr. 14.5. El TEDH ha confirmado la prohibición absoluta de la devolución y de la tortura y otras formas de maltrato en el Artículo 3 CEDH el ya citado asunto *Chahal c. Reino Unido*. Véase también CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado*, 28 de febrero de 2000, párr. 14. Esto también aplica plenamente en el contexto de las medidas para combatir el terrorismo. Véase, por ejemplo, el Dictamen del CAT de 24 de mayo de 2005, *op.cit.*, donde el Comité entiende que «… las medidas adoptadas para luchar contra al terrorismo, incluida la negativa a proporcionar refugio, derivadas de las resoluciones vinculantes del Consejo de Seguridad, son a la vez legítimas e importantes. No obstante, su ejecución debe realizarse respetando plenamente las normas de derecho internacional aplicables, incluidas las disposiciones de la Convención [contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes], según ha afirmado en repetidas ocasiones el Consejo de Seguridad» (párr. 13.1, refiriéndose a las resoluciones del Consejo de Seguridad 1566 (2004) del 8 de octubre de 2004, 1456 (2003) del 20 de enero de 2003 y 1373 (2001) del 28 de septiembre de 2001). Véase también la resolución del Consejo de Seguridad 1624 (2004), del 14 de septiembre de 2005.

[958] Véanse, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia de 10 de diciembre de 1998, *Anto Furundzija*, págs. 134-164; la Sentencia de la Cámara de los Lores de 17 de diciembre de 1998, *In Re Pinochet*, págs. 108-109 y la ya citada Observación general n.º 29 del Comité de Derechos Humanos, párr. 11: «El hecho de que en el párrafo 2 del artículo 4 se declare que la aplicación de ciertas disposiciones del Pacto no puede suspenderse debe considerarse en parte como el reconocimiento del carácter de norma imperativa de ciertos derecho fundamentales garantizados por el Pacto en la forma de un tratado (por ejemplo, los artículos 6 y 7)».

instrumentos relevantes[959]. La prohibición de la privación arbitraria de la vida, que también incluye una obligación inherente a no enviar a ninguna persona a un país donde se exponga a un verdadero peligro de sufrir tal trato, también forma parte del derecho internacional consuetudinario[960].

El Comité contra la Tortura ha afirmado que la obligación de no devolución contenida en el artículo 3 de la Convención contra la Tortura se aplica en cualquier territorio bajo la jurisdicción de un Estado parte[961]. Con respecto a aquellas disposiciones de la Convención contra la Tortura que «se expresan como aplicables al "territorio bajo la jurisdicción" (del Estado Parte)», el Comité contra la Tortura ha reiterado «… su opinión de que en ello están comprendidas todas las zonas bajo el efectivo control de facto del Estado Parte, sea cual fuere la autoridad militar o civil que las controla…» y dejó en claro que esas disposiciones «…se apliquen y sean disfrutadas cabalmente por todo aquel que esté bajo el control efectivo de sus autoridades, del tipo que sean, en cualquier parte del mundo…»[962].

Cabe subrayar que, según la interpretación literal de esta Convención, se limitaría la obligación de no expulsión en caso de peligro de tortura[963], sin hacerla extensiva a las situaciones de trato o pena cruel, inhumano o degradante[964]. Por tanto, el alcance de la

---

[959] De conformidad con los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, las normas *ius cogens* prevalecen sobre las disposiciones de los tratados. Además, tienen un grado más alto que las normas generales consuetudinarias que no tengan la misma fuerza.

[960] Véase la Observación General n.º 24 del Comité de Derechos Humanos, *Cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, 4 de noviembre de 1994, párr. 8: «…las disposiciones del Pacto que son de derecho internacional consuetudinario (y a fortiori cuando tienen el carácter de normas perentorias) no pueden ser objeto de reservas. Así pues, un Estado no puede reservarse el derecho de practicar la esclavitud, de torturar, de someter a personas a tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, de privar arbitrariamente a las personas de la vida…».

[961] Véase, por ejemplo, CAT, *Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura concernientes al segundo informe sobre los Estados Unidos de América*, CAT/C/KOR/CO/2, 25 de julio de 2006. Habiendo solicitado la opinión del Estado parte sobre la aplicabilidad extraterritorial del artículo 3 de la Convención contra la Tortura en el contexto de la Bahía de Guantánamo, el Comité expresó su preocupación: «…que el Estado Parte haya entendido que la obligación de no devolución prevista en el artículo 3 de la Convención no se aplica a quien esté recluido fuera de su territorio. […] El Estado parte debe aplicar la garantía de no devolución a todos los detenidos bajo su custodia… a fin d cumplir sus obligaciones previstas en el artículo 3 de la Convención…» (párr. 20).

[962] *Ibid*., párrafo 15. Esto aplica, *inter alia*, al artículo 16 de la Convención contra la Tortura, que prohíbe actos de trato o castigo crueles, inhumanos o degradantes que no se equiparen a tortura como la define el artículo 1 de la Convención.

[963] Observación general n.º 1 del CAT, *Aplicación del artículo 3 en relación con el artículo 22 de la Convención*, CAT/C/GC/1, 1997, párr. 1. Véase también, por ejemplo, el Dictamen del CAT de 14 de noviembre de 2001, comunicación n.º 166/2000, *B.S. c. Canadá*, párr. 7.4.

[964] La protección que ofrece la Convención contra la Tortura frente a las medidas de expulsión de los demandantes de asilo está limitada a los casos en que exista un riesgo real de sufrir tortura en el país de destino y no en los casos en los que exista riesgo de sufrir tratos o penas inhumanos o degradantes. Por tanto, el alcance de la protección de dicha Convención es más restringido que el ofrecido por el CEDH y el PDCP frente a las medidas de expulsión de los demandantes de asilo. *Cfr*. UN, *Report of the Working*

protección de la UNCAT es más restringido que el ofrecido, como se expone en otros capítulos, por el CEDH o el PIDCP –o incluso, por el Proyecto de artículos de la CDI– frente a las medidas de expulsión de los demandantes de asilo.

Sin embargo, tal y como veremos, a la hora de interpretar este precepto, los distintos órganos de control incluyen todo peligro de ser sometido a comportamientos crueles, inhumanos o degradantes, sin limitarse solo la tortura, y más teniendo en cuenta también el artículo 16, que obliga a los Estados parte a prohibir otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1.

Para interpretar el art. 3, no obstante, el Comité contra la Tortura aprobó unas directrices en su Observación general n.º 1, haciendo relación a la siguiente información:

> «a) ¿Hay pruebas de que en el Estado de que se trata existe un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos?
>
> b) ¿Ha sido en el pasado torturado o maltratado el autor por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia? De ser así, ¿se trata de hechos recientes?
>
> c) ¿Hay testimonios médicos u otros testimonios independientes que corroboren las alegaciones del autor de que ha sido torturado o maltratado en el pasado y ha tenido secuelas de la tortura?
>
> d) ¿Ha cambiado la situación a que se hace referencia en el inciso a)? En todo caso, ¿ha cambiado la situación interna con respecto a los derechos humanos?
>
> e) ¿Ha participado el autor dentro o fuera del Estado de que se trata en actividades políticas o de otra índole que pudieran hacerle particularmente vulnerable al riesgo de ser sometido a tortura si se le expulsa, devuelve o extradita a ese Estado?
>
> f) ¿Hay alguna prueba de la credibilidad del autor?
>
> g) ¿Hay contradicciones de hecho en las alegaciones del autor? De ser así, ¿son ellas pertinentes o no?»[965].

El Comité indicó igualmente que las razones fundadas para creer que el autor estaría en peligro de ser sometido a tortura deben ir más allá de la pura teoría o sospecha, pero que no es necesario demostrar de modo fehaciente tal riesgo. A este respecto, el

Group on a Draft Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, E/CN.4/1367, párr. 18.

[965] Véase la Observación general n.º 1 del CAT, «Aplicación del artículo 3 en relación con el artículo 22 de la Convención», de 21 de noviembre de 1997.

Comité contra la Tortura se manifestado sobre el hecho de que el riesgo sea personal, actual y previsible.

Asimismo, se ha manifestado sobre la cuestión de la expulsión posterior a un tercer Estado, así como el carácter absoluto de la prohibición[966]. Para ello, el Comité recuerda que la prohibición de la tortura, entendida en los términos en que se define en el artículo 1 de la Convención, es absoluta. Para reforzar este principio, en el artículo 2.2 de la Convención se dispone que «en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura». El Comité recuerda además que también está prohibido infligir otros malos tratos y que la prohibición de los malos tratos tiene asimismo carácter absoluto[967].

En esta línea, si la persona extranjera ha sido o pudiera ser víctima de distintas formas de violencia, incluidas la violencia de género o sexual, infligida en público o en privado, la persecución por motivos de género o la mutilación genital en el Estado de origen o en el Estado al que se prevé expulsar, ello puede constituir tortura si no intervienen las autoridades competentes del Estado de que se trate para la protección de la víctima[968].

Igualmente, podría haber vulneración del Convenio si la persona fuera expulsada a un Estado en el que, según denuncias o pruebas creíbles presentadas para su examen a la Corte Penal Internacional, se hayan cometido crímenes de genocidio, de lesa humanidad o de guerra, entendidos estos en los términos en que se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma[969]; o bien, si la persona fuera expulsada a un Estado parte en los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y sus Protocolos Adicionales respecto del que haya denuncias o pruebas de vulneración del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y/o del artículo 4 del Protocolo Adicional relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional

[966] Véanse el Dictamen del CAT de 28 de abril de 1997, comunicación n.º 39/1996, *Páez c. Suecia*, CAT/C/18/D/39/1996, párr. 14.5; el Dictamen del CAT de 10 de noviembre de 1998, comunicación n.º 110/98, *Núñez Chipana c. Venezuela*, CAT/C/21/D/110/1998, párr. 5.6; Dictamen del CAT de 24 de mayo de 2005, comunicación n.º 233/2003, *Agiza c. Suecia*, CAT/C/34/D/233/2003, párr. 13.8; Decisión del CAT de 16 de noviembre de 2007, comunicación n.º 297/2006, *Singh Sogi c. el Canadá*, CAT/C/39/D/297/2006, párr. 10.2; Decisión del CAT de 1 de junio de 2012, comunicación n.º 444/201, *Abdussamatov y otros c. Kazajstán*, CAT/C/48/D/444/2010, párr. 13.7 y Decisión del CAT de 14 de mayo de 2014, comunicación n.º 475/2011, *Mumin Nasirov c. Kazajstán*, CAT/C/52/D/475/2011, párr. 11.6.

[967] Véase la Observación general n.º 2 del CAT, *Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes*, 2007, págs. 3, 6, 19 y 25.

[968] Véase, por ejemplo, la Decisión del CAT de 3 de junio de 2011, comunicación n.º 379/2009, *Sylvie Bakatu-Bia c. Suecia*, CAT/C/46/D/379/2009, págs. 10.5 a 10.7.

[969] Véanse, por ejemplo, CAT, *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Croacia*, CAT/C/HRV/CO/4-5, 18 de diciembre de 2014, párr. 11 y CAT, *Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de la ex República Yugoslava de Macedonia*, CAT/C/MKD/CO/3, 5 de junio de 2015, párr. 16.

(Protocolo II) y, en particular, del artículo 3, párrafo 1 a), de los cuatro Convenios de Ginebra, y del artículo 4, párrafos 1 y 2, del Protocolo II[970].

Asimismo, considera el Comité la existencia de vulneración si la persona fuera expulsada:

«A un Estado donde se niegue el derecho inherente a la vida, entre otras formas, mediante la exposición de la persona a ejecución extrajudicial o desaparición forzada, o donde se aplique la pena de muerte, cuando el Estado parte que expulsa considere esa pena una forma de tortura o trato o pena cruel, inhumano o degradante, en particular:

i) Si el Estado parte que expulsa ha abolido la pena de muerte o ha establecido una moratoria sobre su ejecución;

ii) Si la pena de muerte se impondría por delitos que el Estado parte que expulsa no considere entre los más graves;

iii) Si la pena de muerte se ejecuta en los casos de delitos cometidos por personas menores de 18 años, o de mujeres embarazadas o lactantes o personas que tengan una discapacidad mental severa»[971].

Asimismo, se tendrá en cuenta:

«Si las circunstancias y los métodos de ejecución de la pena de muerte, la reclusión prolongada de la persona condenada en espera de la ejecución y las condiciones de esa reclusión podrían constituir tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes a los efectos de la aplicación del principio de "no devolución"»[972].

La misma consideración podría tener, si la persona fuera expulsada:

«(…) a un Estado en el que se hayan tomado o se podrían tomar represalias que constituyan tortura contra ella, contra miembros de su familia o contra testigos de su detención y reclusión, tales como actos violentos y terroristas en su contra o la desaparición, el homicidio o la tortura de esos familiares o testigos»[973].

---

[970] Véanse, por ejemplo, CAT, *Observaciones finales sobre el informe inicial del Líbano*, CAT/C/LBN/CO/1, 30 de mayo de 2017, párr. 11 y CAT, *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Turquía*, CAT/C/TUR/CO/4, 2 de junio de 2016, párr. 12.

[971] Observación general n.º 4 del CAT, «aplicación del artículo 3 de la Convención en el contexto del artículo 22», CAT/C/GC/4, 4 de septiembre de 2018, párr. 29 k).

[972] *Ibid*., párr. 29 l). Véase, por ejemplo, CAT, *Observaciones finales sobre el segundo informe periódico del Afganistán, op.cit.,* párr. 34 y CAT, *Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Mongolia*, CAT/C/MNG/CO/2, 5 de septiembre de 2016, párr. 22.

[973] Observación general n.º 4 del CAT, *op.cit.*, párr. 29 m). Véanse, por ejemplo, la Decisión del CAT de 14 de noviembre de 2014, comunicación n.º 473/2011, *Hussein Khademi y otros c. Suiza*, CAT/C/53/D/473/2011, págs. 7.4 a 7.6; Decisión del CAT de 14 de mayo de 2014, *op.cit*., párr. 11.9 y la Decisión del CAT de 2 de mayo de 2017, *op.cit*., págs. 7.7 a 7.11.

En este sentido, el CDH considera que los Estados «no pueden expulsar, por deportación o extradición, a las personas de su jurisdicción si se puede prever razonablemente que serán condenadas a muerte, sin exigir garantías de que la condena no se ejecutará»[974].

Por otro lado, se consideran por el Comité como otros indicios de tortura si la persona fuera expulsada «a un Estado en el que fue sometida o corriera el riesgo de ser sometida a esclavitud y trabajo forzoso o trata de personas»[975], e igualmente, si la persona es menor de 18 años y fuera «expulsada a un Estado en el que sus derechos fundamentales como niño se violaron previamente y/o se podrían violar con un consiguiente daño irreparable, por ejemplo, reclutándola para participar directa o indirectamente en hostilidades como combatiente o para prestar servicios sexuales»[976].

Del mismo modo, sería contrario a la Convención si la persona estuviera:

«(…) expuesta a penas de castigo corporal de ser expulsada a un Estado en el que, aunque esté permitido por la legislación nacional, ese tipo de castigo constituiría tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de conformidad con el derecho internacional consuetudinario y la jurisprudencia del Comité, así como de otros mecanismos internacionales y regionales reconocidos de protección de los derechos humanos»[977].

3. Agente causante

Para considerar la vulneración de esta Convención, se exige también que sea causada por un «sujeto activo cualificado», un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, o alguien a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia[978]. Este requisito implica que los Estados no son responsables en un sentido general por los actos que están fuera de su control. Sin embargo, pueden ser responsabilizados por actos de tortura cometidos por particulares si no han respondido de manera adecuada a tales actos o si no han tomado medidas generales y específicas para evitarlos. Ello incluye que el Estado no adopte las medidas efectivas para proteger a las personas contra tratos prohibidos en situaciones tales como violencia doméstica, el abuso

[974] Véase el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 5 de agosto de 2002, comunicación n.º 829/1998, *Judge c. Canadá*, CCPR/C/78/D/829/1998, párr. 10.4. El Comité señaló explícitamente en el párrafo 10.6 que esta decisión se aplica independientemente de si el Estado en cuestión ha ratificado el Segundo Protocolo Facultativo del PIDCP o no.

[975] Observación general n.º 4 del CAT, *op.cit.*, párr. 29 n). Véase, por ejemplo, la Decisión del CAT de 30 de mayo de 2011, comunicación n.º 310/2007, *Tony Chahin c. Suecia*, CAT/C/46/D/310/2007, párr. 9.5.

[976] Observación general n.º 4 del CAT, *op.cit.*, párr. 29 o). Véase, por ejemplo, CAT, *Observaciones finales sobre el informe inicial del Chad*, CAT/C/TCD/CO/1, 4 de junio de 2009, párr. 34.

[977] Observación general n.º 4 del CAT, *op.cit.*, párr. 29 f). Véanse, por ejemplo, Decisión del CAT de 3 de agosto de 2016, comunicación n.º 682/2015, *Rouba Alhaj Ali c. Marruecos*, págs. 8.5 a 8.8.

[978] BERTOMEU NAVARRO, A., *El Principio de non-refoulement, op.cit.*, p. 362.

psíquico o sexual, la trata de personas o la mutilación genital en un proceso de expulsión o devolución que ponga en peligro su vida y su integridad personal.

A este respecto, se ha planteado si este riesgo puede emanar de personas o grupos de personas que actúen a título privado. Para ello hay que remitirse a la Observación general n.º 1, donde el Comité contra la Tortura se pronunció del modo siguiente:

«De conformidad con el artículo 1, el criterio enunciado en el párrafo 2 del artículo 3, es decir, "un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos", solo puede entenderse referido a las violaciones cometidas por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia».

Asimismo, los Estados parte deben abstenerse de expulsar a personas a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estarían en peligro de ser sometidas a tortura y otros malos tratos a manos de entidades no estatales, como grupos que, mediante acciones ilegales, infligen graves dolores o sufrimiento para fines prohibidos por la Convención, y sobre los que el Estado receptor no tiene ningún control o solo tiene un control parcial de facto, o cuyos actos no puede evitar o a cuya impunidad no puede hacer frente dicho Estado[979].

Cuando el control de facto de una región lo ejerce una facción que no tiene apoyo gubernamental, los actos realizados por los miembros de dicha facción no estarán comprendidos dentro de la definición de tortura del artículo 1 de la Convención[980].

Así, en el caso *G.R.B. c. Suecia* la existencia de un riesgo de malos tratos en manos de Sendero Luminoso, una entidad no estatal que controla gran parte de Perú, podría estar excluida de la definición de tortura contenida en el artículo 1[981]. Sin embargo, en el caso *Elmi c. Australia,* el Comité consideró que, en la circunstancia excepcional de que no existiera ningún tipo de autoridad estatal (Somalia no contaba con un gobierno central en

[979] Véanse, por ejemplo, Dictamen del CAT de 14 de mayo de 1999, *op.cit*., págs. 6.8 y 6.9 y Decisión del CAT de 10 de mayo de 2017, comunicación n.º 681/0215, *M. K. M. c. Australia*, CAT/C/60/D/681/2015, párr. 8.9.

[980] Es importante recordar que el Artículo 1 de la Convención también especifica que su definición se entenderá «sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance». Por ello, el hecho de que los actos sean perpetrados por personas que no sean funcionarios (*de iure* o *de facto*) no implica que no puedan calificar como actos de «tortura» en virtud de otros tratados o leyes.

[981] Véanse el Dictamen del CAT de 15 de mayo de 1998, comunicación n.º 83/1997, *G.R.B. c Suecia*, CAT/C/20/D/83/1997, párrafo 6.5. Véanse, asimismo, la Decisión del CAT de 30 de abril de 2002, comunicación n.º 138/1999, *M.P.S. c Australia*, CAT/C/28/D/138/1999, párr. 7.4; Decisión del CAT de 15 de mayo de 2001, comunicación n.º 49/1996, *S.V. y otros c. Canadá*, CAT/C/26/D/49/1996, párrafo 9.5.

ese momento), los actos cometidos por grupos con una autoridad cuasi-gubernamental podrían estar comprendidos en la definición del artículo 1[982].

4. Límites entre torturas y tratos o penas inhumanas o degradantes

El Comité recuerda que, conforme a su Observación general n.º 2, la obligación de impedir los malos tratos coincide en la práctica con la obligación de impedir la tortura, ya que, sobre el terreno, no suele estar claro el límite conceptual entre los malos tratos y la tortura. La experiencia demuestra que las condiciones que dan lugar a malos tratos suelen facilitar la tortura y, por consiguiente, las medidas necesarias para impedir la tortura han de aplicarse para impedir los malos tratos. El Comité también recuerda que, con arreglo a la misma Observación general n.º 2, la protección de ciertas personas o poblaciones minoritarias o marginadas, que corren mayor peligro de ser torturadas, como los solicitantes de asilo, forma parte de la obligación de impedir la tortura y los malos tratos[983].

Asimismo, el Comité afirma que, antes de realizar una evaluación sobre la no expulsión o devolución de una persona, los Estados parte deben tener en cuenta si es probable que otras formas de maltrato que corre el riesgo de sufrir lleguen a constituir tortura. A ese respecto, el sufrimiento o el dolor agudo no siempre pueden evaluarse de manera objetiva, sino que depende de las repercusiones negativas de naturaleza física o mental que el padecimiento de abusos u actos violentos tenga en cada individuo, teniendo en cuenta todas las circunstancias de cada caso, incluida la naturaleza del maltrato, el sexo, la edad y el estado de salud y vulnerabilidad de la víctima o cualquier otro factor o condición[984].

Así, por ejemplo, en el caso *A.N. c. Suiza*, el Comité observaba que los malos tratos a los que se vería expuesto el denunciante en caso de ser devuelto a Italia, junto con la falta de un entorno social estable, entrañaría el riesgo de que su estado depresivo empeorase hasta el punto de que probablemente llegara a suicidarse y que, en las circunstancias del caso, esos malos tratos podrían alcanzar un nivel comparable a la tortura[985]. Por lo tanto, el Comité considera que la expulsión del denunciante en ese caso constituiría una infracción del artículo 3, junto con el 14 y 16 de la Convención.

Recordamos que en el artículo 16 de la Convención se establece la obligación de los Estados parte de prohibir los actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos

---

[982] Dictamen del CAT de 14 de mayo de 1999, comunicación n.º 120/1998, *Elmi c. Australia*, CAT/C/22/D/120/1998, párr. 6.5.
[983] Decisión del CAT de 3 de agosto de 2018, *op.cit*., párr. 8.9.
[984] Observación general n.º 2 del CAT, *op.cit*., págs. 16 y 17.
[985] Véase la Decisión del CAT de 3 de agosto de 2018, comunicación n.º 742/2016, *A.N. c. Suiza*, CAT/C/64/D/742/2016.

o degradantes (malos tratos) y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1 de la Convención[986]. En el caso *Sonko c. España*, el Comité consideró que la imposición de sufrimiento físico y mental antes de que se produjera su muerte, agravada por la particular vulnerabilidad del autor como migrante no constituye una violación al artículo 1 de la Convención, pero, sin embargo, alcanzaría el umbral de trato o pena cruel, inhumano o degradante, con arreglo al artículo 16 de la Convención[987].

5. Cuadro persistente de violaciones

Por otra parte, el artículo 3.2 alude a la situación en el Estado de cuadro persistente de violaciones de derechos humanos, en el siguiente sentido:

«A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos».

Con el fin de establecer si existen razones fundadas para creer que una persona estaría en peligro de ser sometida a tortura en caso de ser expulsada:

«El Comité considera determinante la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos (…). Entre esas violaciones cabe destacar las siguientes: a) el uso generalizado de la tortura y la impunidad de sus autores; b) el acoso y la violencia contra grupos minoritarios; c) las situaciones que puedan conducir al genocidio; d) la violencia de género generalizada; e) la condena y el encarcelamiento generalizados de las personas que ejerzan las libertades fundamentales; y f) las situaciones de conflicto armado internacional y no internacional»[988].

La evaluación del Comité se basará principalmente en la información proporcionada por el autor de la queja o en nombre de este y por el Estado parte interesado. El Comité consultará también fuentes de información de las Naciones Unidas, así como cualquier otra fuente que considere fiable[989]. Además, el Comité considerará que la existencia de cualquiera de los indicios enumerados en el párrafo 29 constituye una razón fundada para creer que una persona estaría en peligro de ser sometida a tortura si fuera expulsada.

---

[986] Véase la Observación general n.º 2 del CAT, *op.cit*., págs. 3 y 6.

[987] Véase la Decisión del CAT de 25 de noviembre de 2011, comunicación n.º 368/2008, Sonko c. España, CAT/C/47/D/368/2008. Véanse, asimismo, la Decisión del CAT de 18 de mayo de 2005, comunicación n.º 221/2002, *M.M.K. c. Suecia,* CAT/C/34/D/221/2002, párr. 7.3 y la Decisión del CAT de 3 de agosto de 2018, *op.cit,* párr. 8.8.

[988] Observación general n.º 4 del CAT, *op.cit.*, párr. 43.

[989] Véase el artículo 118 del reglamento del Comité.

La existencia de un cuadro de violaciones no es un motivo en sí mismo para determinar el riesgo de tortura en caso de expulsión, sino que es necesario que concurran otras circunstancias, tales como «razones fundadas» para considerar que el riesgo de tortura es previsible, personal, presente y real[990]. En el caso *T.M c. Suecia*, el autor alegaba razones fundadas para creer que, tras su expulsión por parte de Suecia a la Federación de Rusia, sería sometido a tortura y a tratos crueles, inhumanos o degradantes[991]. Argumentaba que ese riesgo obedecía al interés que tenía en él el dirigente checheno Ramzan Kadyrov por ser hijo de un asesor de su opositor y por su colaboración con un movimiento rebelde entre 1999 y 2002. Afirmaba también que había sido torturado por las autoridades rusas en 2002 a causa de la ayuda que había prestado a los rebeldes. El Comité recordó en este caso su Observación general n.º 4, donde defendía que se debería evaluar si existen razones fundadas para considerar que el riesgo de tortura es previsible, personal, presente y real, cuando haya hechos creíbles relacionados con el riesgo que por sí mismos afectarían a los derechos del autor de la queja si fuera expulsado[992].

El Comité recordó también que la carga de la prueba recae en el autor de la comunicación, alegando que debe presentar argumentos fundados que demuestren que el peligro de ser sometido a tortura es previsible, presente, personal y real[993]. De ahí que la existencia en un país de un cuadro de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos no constituya de por sí un motivo suficiente para establecer que una persona determinada estaría en peligro de ser sometida a tortura al ser devuelta a ese país.

De igual modo, a la inversa, la inexistencia de un cuadro persistente de violaciones manifiestas de los derechos humanos no significa que deba excluirse la posibilidad de que una persona esté en peligro de ser sometida a tortura en su situación particular[994].

En el presente caso no se cumplió ese requisito probatorio y el Comité llegó a la conclusión de que el autor no adujo razones suficientes para creer que correría un riesgo real, previsible, personal y presente de ser sometido a tortura a su regreso a la Federación

---

[990] Véanse, por ejemplo, Dictamen del CAT de 15 de mayo de 1998, *op.cit.*, párr. 6.3; Decisión del CAT de 1 de mayo de 2002, comunicación n.º 177/2001, *H. M. H. I. c. Australia*, CAT/C/28/D/177/2001, párr. 6.5; Decisión del CAT de 6 de noviembre de 2006, comunicación n.º 285/2005, *S. P. A. c. el Canadá*, CAT/C/37/D/282/2005, párr. 7.1; Decisión del CAT de 15 de noviembre de 2010, comunicación n.º 333/2007, *T. I. c. el Canadá*, CAT/C/45/D/333/2007, párr. 7.3; Decisión del CAT de 12 de noviembre de 2010, comunicación n.º 344/2008, *A. M. A. c. Suiza*, CAT/C/45/D/344/2008, párr. 7.2 y la Decisión del CAT de 4 de mayo de 2015, comunicación n.º 490/2012, *E. K. W. c. Finlandia*, CAT/C/54/D/490/2012, págs. 9.3 y 9.7.

[991] Véase la Decisión del CAT de 2 de diciembre de 2003, comunicación n.º 228/2003, *T.M. c. Suecia*, CAT/C/31/D/228/2003. Véase, asimismo, la Decisión del CAT de 26 de noviembre de 2019, comunicación n.º 860/2018, *E.L.G. c. España*, CAT/C/68/D/818/2017.

[992] Observación general n.º 4 del CAT, *op.cit.*, párr. 11.

[993] *Ibid*., párr. 38.

[994] Véase la Decisión del CAT de 23 de abril de 2019, comunicación n.º 729/2016, *L. A. c. Suecia*, CAT/C/66/D/729/2016, párr. 9.3 y la Decisión del CAT de 10 de agosto de 2015, comunicación n.º 571/2013, *M. S. c. Dinamarca*, CAT/C/55/D/571/2013, párr. 7.3.

de Rusia, no hallando entonces vulneración de la Convención por parte del Estado expulsor.

En el asunto *Agiza c. Suecia*, el demandante había sido juzgado en rebeldía por un tribunal egipcio en 1998 y declarado culpable de actividades terroristas[995]. En 2000, solicitó asilo en Suecia. Su solicitud fue rechazada y fue expulsado en diciembre de 2001 a Egipto, donde, según sus denuncias, había sido torturado. De la Decisión del CAT se deduce que, durante el examen de la solicitud de asilo, representantes de las autoridades suecas se reunieron en el Cairo con representantes de las autoridades egipcias y obtuvieron de un alto funcionario la garantía de que el demandante sería tratado, a su regreso, respetando el derecho internacional. Examinando la reclamación presentada en relación con el artículo 3 de la Convención contra la Tortura, el Comité consideró que las autoridades suecas sabían o deberían haber sabido, en el momento de la expulsión del demandante, que Egipto recurría, de manera sistemática y a gran escala, a la tortura con respecto a los presos, en particular con respecto a los que eran detenidos por razones políticas o de seguridad. Destacó que, por una parte, Suecia sabía que el demandante pertenecía a esta categoría y, por otra parte, se puso de manifiesto el fracaso absoluto de las garantías diplomáticas presentadas por Egipto, que incumplió maltratando al demandante. Sobre la base de todos estos elementos, el Tribunal concluyó que la expulsión del demandante por Suecia fue contraria al artículo 3[996].

En este sentido se pronunció el Comité también en el caso de *Elif Pelit c. Azerbaiyán*[997]. Entre 1993 y 1996, la autora había sido detenida en Turquía y acusada de «actividades subversivas y de terrorismo» en favor del PKK (Partido Comunista del Kurdistán). El Tribunal de Seguridad Estatal de Estambul la absolvió por insuficiencia de pruebas. Aunque la autora afirmó que había sido torturada entonces, no presentó ninguna prueba o certificado médico que corroborara su alegación. En 1998, la autora huyó a Alemania, donde se le concedió la condición de refugiada y comenzó a trabajar como periodista en una agencia de noticias y fue enviada a Mosul (Iraq). En 2004 entró en Azerbaiyán para ponerse en contacto con la Embajada alemana y que así expidieran sus documentos de viaje desaparecidos. Allí, las autoridades la detuvieron por haber entrado ilegalmente en el país. En diciembre de 2004, el Tribunal de Distrito de Delitos Graves

[995] Véase la Decisión del CAT de 24 de mayo de 2005, *op.cit*.

[996] El Comité también concluye que Suecia había incumplido las obligaciones procesales establecidas en el artículo 3 y relativas a garantizar un examen efectivo, independiente e imparcial de la decisión de expulsión ya que esta había sido adoptada por el Gobierno de Suecia, que había cortocircuitado de este modo los procedimientos normales de recurso contra las decisiones adoptadas en materia de asilo. Por último, declaró que con la expulsión del demandante inmediatamente después de esa decisión, Suecia también había infringido la obligación de respetar el derecho efectivo a comunicarle individualmente esta decisión, garantizado en el artículo 22 del Convenio.

[997] Decisión del CAT de 1 de mayo de 2007, comunicación n.º 281/2005, *Pelit c. Azerbaiyán*, CAT/C/38/D/281/2005.

de Estambul condenó en rebeldía a la autora por su participación en actividades subversivas en favor del PKK al haber asistido como periodista a una reunión de miembros del PKK en el norte del Iraq y solicitaron su extradición de Azerbaiyán. En 2005, el Tribunal de Delitos Graves de Azerbaiyán decidió extraditarla a Turquía, frente a lo cual la autora alegó que su deportación a Turquía violaría el artículo 3 de la Convención, por la existencia de motivos fundados para pensar que, de ser deportada, se la torturaría o sometería a otros tratos inhumanos y se la obligaría a confesarse culpable.

El Comité comenzó su decisión señalando que se ordenó su expulsión a Turquía en octubre de 2006, a pesar de la solicitud presentada al Estado parte para que adoptara medidas provisionales y no la expulsara mientras su comunicación estuviera siendo examinada por el Comité. En cuanto al fondo de la queja en relación con el artículo 3, el Comité observa que Alemania había ya concedido a la autora la condición de refugiada, llegando a la conclusión de que corría riesgo de persecución si regresaba a Turquía. Por todo ello, el Comité considera que la forma en que el Estado parte maneja el caso de la autora constituye efectivamente una violación de sus derechos con arreglo al artículo 3 de la Convención.

6. Las condiciones de detención como motivo de vulneración del Convenio

Un gran número de denuncias de violación de Convenio se centran en casos en los que las condiciones de detención para proceder a la devolución o expulsión de extranjeros se consideran inhumanas[998]. A este respecto:

«Recuerda el Comité que los Estados parte no deben adoptar medidas o políticas disuasorias, como el internamiento en condiciones precarias durante períodos indefinidos, la negativa a tramitar solicitudes de asilo o la prolongación indebida de la tramitación, o la reducción de la asignación de fondos para programas de asistencia destinados a los solicitantes de asilo, que obligarían a personas que requieren protección a tenor de lo dispuesto en el artículo 3 de la Convención a regresar a su país de origen pese al riesgo personal que correrían allí de ser sometidas a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes»[999].

Por otro lado, el Comité señala, en su ya citada Observación general n.º 4, lo siguiente:

---

[998] Véanse la Decisión del CAT de 22 de noviembre de 2019, comunicación n.º 782/2016, *Hanny Khater c. Marruecos*, párr. 10.10; la Decisión del CAT de 3 de Agosto de 2018, comunicación n.º 580/2014, S.A.M. c. Dinamarca, párr. 7.3; la Decisión del CAT de 23 de noviembre de 2015, comunicación n.º 580/2014, F.K. c. Dinamarca, párr. 7.7 y la Decisión del CAT de 13 de noviembre de 2012, comunicación n.º 412/2010, *A.A. c. Dinamarca,* párr. 7.3.

[999] Observación general n.º 4 del CAT, *op.cit.,* párr. 14. Véanse, por ejemplo, CAT, *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de Grecia*, CAT/C/GRC/CO/5-6, 27 de julio de 2012, párr. 19.

«Si la persona había sido previamente objeto de detención arbitraria sin que mediara una orden judicial y/o de una denegación de las garantías fundamentales de toda persona que se encuentre detenida por la policía, puede ser indicios de tortura, en concreto señala como tales indicios la ausencia de:

i. La notificación por escrito de los motivos de su detención en un idioma que comprenda;
ii. El acceso a un miembro de su familia u otra persona de su elección para informarla de la detención;
iii. El acceso a un abogado de oficio en caso necesario y, previa solicitud, a un abogado de su elección contratado por cuenta propia, para su defensa;
iv. El acceso a un facultativo independiente para que lo examine y le proporcione tratamiento médico o, con esos fines, a un facultativo de su elección contratado por cuenta propia;
v. El acceso a una entidad médica especializada independiente para que certifique sus denuncias de que ha sido sometida a tortura;
vi. El acceso a una institución judicial competente e independiente que tenga potestad para juzgar sus quejas respecto del trato recibido durante la privación de libertad dentro del plazo establecido por la ley o dentro de un plazo razonable que se deberá evaluar en cada caso particular» (párr. 29).

Igualmente, se considera contrario al Convenio el supuesto en que la persona ha sufrido actos crueles o un ha sido sometida a un uso excesivo de fuerza «por parte de funcionarios públicos en razón de cualquier forma de discriminación en el Estado de origen o si se viera expuesta a esos actos crueles en el Estado al que se prevé expulsarla»[1000].

Del mismo modo, se vulneraría el Convenio «si la persona ha sido detenida o encarcelada en el Estado de origen o pudiera ser detenida o encarcelada, de ser expulsada a otro Estado, en condiciones que constituyan tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes»[1001].

7. Protección frente a la expulsión que otorga el artículo 3 de la Convención

En primer lugar, vamos a señalar que para que el art. 3 señalado despliegue su acción protectora, la carga de la prueba recae en el autor de la comunicación, que debe

[1000] Observación general n.º 4 del CAT, *op.cit.*, párr. 29. b). Véanse, por ejemplo, la Decisión del CAT de 23 de noviembre de 2015, comunicación n.º 580/2014, *F. K. c. Dinamarca*, CAT/C/56/D/580/2014, págs. 7.5 y 7.6.

[1001] Observación general n.º 4 del CAT, *op.cit.*, párr. 29. e). Véanse, por ejemplo, Decisión del CAT de 30 de mayo de 2011, *op.cit*., párr. 9.5 y la Decisión del CAT de 8 de mayo de 2015, comunicación n.º 538/2013, *op.cit*., párr. 9.8.

presentar un caso defendible[1002], basado en argumentos fundados que demuestren que el peligro de ser sometido a tortura es previsible, presente, personal y real[1003]. Sin embargo, cuando los autores de quejas no pueden obtener documentación relativa a su denuncia de tortura o si han estado privados de libertad, se invierte la carga de la prueba y el Estado parte interesado debe investigar las denuncias y verificar la información en la que se base dicha comunicación[1004].

Es responsabilidad del Estado parte evaluar si hay razones fundadas para creer que el autor de la queja se enfrentaría a un riesgo previsible, presente, personal y real de ser sometido a tortura en el Estado parte al que se prevé expulsarlo, debiendo ofrecer a la

[1002] Véanse la Decisión del CAT de 16 de diciembre de 2013, comunicación n.º 429/2010, *Sivagnanaratnam c. Dinamarca*, CAT/C/51/D/429/2010, párs. 10.5 y 10.6; Decisión del CAT de 14 de noviembre de 2003, comunicación n.º 203/2002, *A. R. c. los Países Bajos*, CAT/C/31/D/203/2002, párr. 7.3; Decisión del CAT de 18 de mayo de 2012, comunicación n.º 343/2008, *Arthur Kasombola Kalonzo c. el Canadá*, CAT/C/48/D/343/2008, párr. 9.3; Decisión del CAT de 28 de noviembre de 2014, comunicación n.º 458/2011, *X. c. Dinamarca*, CAT/C/53/D/458/2011, párr. 9.3; Decisión del CAT de 26 de noviembre de 2014, comunicación n.º 520/2012, *W. G. D. c. el Canadá*, CAT/C/53/D/520/2012, párr. 8.4 y la Decisión del CAT de 22 de noviembre de 2017, comunicación n.º 688/2015, *T. Z. c. Suiza*, CAT/C/62/D/688/2015, párr. 8.4.

[1003] Recordamos, que tal y como señala el Comité, ambas partes pueden aportar toda la información pertinente para explicar la relevancia de sus comunicaciones presentadas en virtud del artículo 22 de la Convención en relación con las disposiciones del artículo 3. Aunque no es exhaustiva, convendría presentar la siguiente información:

«a) Si hay pruebas de que en el Estado de que se trate existe un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos;

b) Si el autor ha sido torturado o maltratado por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia (acuerdo tácito) en el pasado, y, de ser así, si los hechos son recientes;

c) Si hay testimonios médicos, psicológicos u otros testimonios independientes que corroboren las alegaciones del autor de que ha sido torturado o maltratado en el pasado, y, de ser así, si la tortura ha tenido secuelas;

d) Si el Estado parte se ha asegurado de que el autor al que prevé expulsar del territorio sujeto a su jurisdicción, control o autoridad ha tenido acceso a todas las garantías y las salvaguardias legales y/o administrativas previstas por la ley y, en particular, a un examen médico independiente para la evaluación de sus alegaciones de haber sufrido previamente tortura o malos tratos en su país de origen;

e) Si hay alguna alegación o prueba creíble de que los familiares del autor y/o de otra persona se han visto o se verán amenazados o expuestos a represalias u otras formas de sanciones equivalentes a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en relación con la comunicación presentada al Comité;

f) Si el autor ha participado, dentro o fuera del Estado de que se trate, en actividades políticas o de otra índole que pudieran hacerlo vulnerable al riesgo de ser sometido a tortura si se le expulsara, devolviera o extraditara a ese Estado;

g) En caso de que fuera devuelto al Estado al que se prevé expulsarlo, si el autor correría el riesgo de ser expulsado a otro Estado en el que se enfrentaría al riesgo de ser sometido a tortura;

h) En vista del estado de fragilidad física y psicológica en el que se encuentra la mayoría de los autores, por ejemplo, los solicitantes de asilo, los ex reclusos y las víctimas de tortura o violencia sexual, que puede dar lugar a incoherencias y/o lapsos de memoria en sus comunicaciones, si hay alguna prueba de la credibilidad del autor;

i) Teniendo en cuenta que puede haber algunas incoherencias en la exposición de los hechos, si el autor ha demostrado la veracidad general de sus afirmaciones».

[1004] Véanse, con fines de comparación, la Decisión del CAT de 6 de noviembre de 2006, comunicación n.º 285/2005, *op.cit.*, párr. 7.5 y la Decisión del CAT de 23 de noviembre de 2015, comunicación n.º 562/2013, *op.cit.*, párr. 10.4

persona interesada garantías y salvaguardias fundamentales, especialmente si la persona ha estado privada de libertad o se encuentra en una situación particularmente vulnerable, como la de los solicitantes de asilo, los menores no acompañados, las mujeres víctimas de violencia o las personas con discapacidad[1005].

Las garantías y salvaguardias comprenden:

«El derecho a interponer un recurso contra una decisión de expulsión dentro de un plazo razonable, con efecto suspensivo de la aplicación de la orden de expulsión, a una persona que se encuentre en una situación precaria y estresante. En particular, el autor de la queja debe ser sometido siempre a un examen practicado por un médico cualificado, especialmente si lo solicita, con vistas a demostrar la tortura que ha sufrido, independientemente de la valoración que hagan las autoridades de la credibilidad de la denuncia, de modo que las autoridades encargadas de resolver un caso concreto de expulsión puedan finalizar la evaluación del riesgo de tortura sobre la base del resultado de los exámenes médico y psicológico, sin ninguna duda razonable»[1006].

El Comité considera que entre las víctimas de tortura y otras personas vulnerables es común el trastorno por estrés postraumático, que puede conllevar una gran variedad de síntomas, como la evitación involuntaria y la disociación que pueden afectar a la capacidad de la persona para comunicar toda la información pertinente o para mantener una versión coherente durante todo el procedimiento[1007]. Por lo tanto, en caso de «contradicciones e incoherencias relativas a los hechos que se puedan observar en las alegaciones del autor, los Estados parte deben reconocer que, por lo general, no cabe esperar una precisión absoluta por parte de las víctimas de tortura»[1008].

El Comité también ha expresado en su Observación general n.º 4 que:

«Evaluará las «razones fundadas» y considerará que el riesgo de tortura es previsible, personal, presente y real cuando la existencia de hechos relacionados con el riesgo por sí misma, en el momento de emitir la decisión, afectaría a los derechos que asisten al autor de la queja en

[1005] *Cfr*. Observación general n.º 4 del CAT, *op.cit.*, párr. 39. Véanse, por ejemplo, CAT, *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de los Países Bajos*, CAT/C/NET/CO/4, 14 de mayo de 2007, párr. 7 y CAT, *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chipre*, CAT/C/CYP/CO/4, 16 de junio de 2014, págs. 13 y 14.

[1006] Observación general n.º 4 del CAT, *op.cit.*, párr. 41. Véase, por ejemplo, la Decisión de 25 de noviembre de 2016, comunicación n.º 634/2014, *M. B. y otros c. Dinamarca*, CAT/C/59/D/634/2014, párr. 9.8. y 23 a 30.

[1007] *Cfr*. Observación general n.º 4 del CAT, *op.cit.*, párr. 42.

[1008] Observación general n.º 4 del CAT, *op.cit.*, párr. 42. Véanse, por ejemplo, la Decisión del CAT de 8 de mayo de 1996, comunicación n.º 21/1995, *Alan c. Suiza*, CAT/C/16/D/21/1995, párr. 11.3.; Decisión del CAT de 8 de mayo de 1996, comunicación n.º 41/1996, *Kisoki c. Suecia*, CAT/C/16/D/41/1996, párr. 9.3; Decisión del CAT de 20 de noviembre de 1998, comunicación n.º 101/1997, *Haydin c. Suecia*, CAT/C/21/D/101/1997, págs. 6.6 y 6.7; Decisión del CAT de 17 de noviembre de 2006, comunicación n.º 279/2005, *C. T. y K. M. c. Suecia*, CAT/C/37/D/279/2005, párr. 7.6; Decisión del CAT de 4 de mayo de 2015, comunicación n.º 490/2012, *op.cit*., párr. 9.6 y la Decisión de 25 de noviembre de 2016, comunicación n.º 634/2014, *op.cit*., párr. 9.6.

virtud de la Convención si fuera expulsado. Entre los indicios de riesgo personal cabe destacar los siguientes: a) el origen étnico; b) la afiliación o actividades políticas del autor y/o de sus familiares; c) la detención y/o prisión sin garantías de un trato justo y un juicio imparcial ; d) la condena en rebeldía; e) la orientación sexual y la identidad de género; f) la deserción de las fuerzas armadas nacionales o de grupos armados; g) la tortura previa; h) la reclusión en régimen de incomunicación u otra forma de detención arbitraria e ilegal en el país de origen; i) la fuga clandestina del país de origen a raíz de amenazas de tortura; j) la religión ; k) las violaciones del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, incluidas las violaciones relacionadas con la prohibición de la conversión a una religión diferente de la proclamada como religión del Estado y las derivadas de que dicha conversión se prohíba y se sancione en la legislación y en la práctica; l) el riesgo de expulsión a un tercer país en el que la persona pueda estar en peligro de ser sometida a tortura; y m) la violencia contra las mujeres, incluida la violación» (párr. 45).

Es importante destacar lo siguiente:

«Al evaluar si existen "razones fundadas", el Comité tendrá en cuenta la situación de los derechos humanos en ese Estado en general y no en una zona concreta. El Estado parte es responsable de todo territorio sujeto a su jurisdicción, control o autoridad. El concepto de «peligro local» no entraña criterios mensurables y no basta para excluir por completo el peligro personal de ser torturado»[1009].

Por otro lado:

«La llamada "alternativa de la puesta a salvo dentro del propio país", es decir, el traslado de una persona o de una víctima de tortura a una zona de un Estado en la que no estaría expuesta a la tortura, al contrario que en otras zonas del mismo Estado, no es segura ni efectiva»[1010].

Finalmente, cabe destacar que en caso de solicitar medidas provisionales:

«Una vez que la decisión de expulsión dictada por las autoridades de un Estado parte sea firme, el Comité transmita a ese Estado parte, para su examen con carácter urgente, la solicitud de adopción de medidas provisionales a fin de evitar posibles daños irreparables a la víctima o víctimas de la presunta violación del artículo 3 de la Convención, de conformidad con el artículo 114 del reglamento del Comité, el Estado parte debe atender a la solicitud del Comité de buena fe»[1011].

La inobservancia por el Estado parte de la solicitud de estas medidas arrojaría serias dudas sobre la voluntad del Estado parte de aplicar el artículo 22 de la Convención

[1009] Observación general n.º 4 del CAT, *op.cit.*, párr. 46. Véase, por ejemplo, la Decisión del CAT de 23 de mayo de 2011, comunicación n.º 338/2008, *op.cit.*, párr. 7.4.
[1010] Observación general n.º 4 del CAT, *op.cit.*, párr 47. Véase, por ejemplo, la Decisión del CAT de 10 de mayo de 2017, *op.cit.*, párr. 8.9.
[1011] Observación general n.º 4 del CAT, *op.cit.*, párr. 36.

de buena fe[1012], considerando que no atender a su solicitud de medidas provisionales constituye una infracción del citado artículo 22[1013].

Respecto al carácter suspensivo del recurso, el daño irreparable de una deportación ilegal fundamentaría la necesidad de que el recurso tenga el citado carácter suspensivo para ser considerado efectivo[1014].

8. Relación entre el artículo 3 de la Convención y los tratados de extradición

Los Estados parte en la Convención, antes de firmar un tratado de extradición o adherirse a él, «deben asegurarse de que no haya ningún conflicto entre la Convención y ese tratado y, si lo hay, deben incluir en la notificación de adhesión al tratado de extradición una cláusula por la que se establezca que, en caso de conflicto, prevalecerá la Convención»[1015].

En caso contrario, cabe la posibilidad de que el contenido del artículo 3 de la Convención:

«(…) esté en conflicto con las obligaciones contraídas por un Estado parte en virtud de un tratado multilateral o bilateral de extradición, especialmente si el tratado se concluyó antes de la ratificación de la Convención con un Estado que no es parte en la Convención y, por tanto, no está obligado por las disposiciones de su artículo 3. En este caso, el tratado de extradición debe aplicarse en consonancia con el principio de "no devolución"»[1016].

El Comité reconoce que la fijación de un plazo para extraditar a una persona con vistas a enjuiciarla o hacerle cumplir una pena, cuando la persona haya presentado una comunicación con arreglo al artículo 22 de la Convención en la que haya invocado el principio de «no devolución», es un factor clave para el respeto tanto de las obligaciones que dimanan de la Convención como de las que se derivan de un tratado de extradición en el que sea parte[1017]. En este caso, si un Estado parte se encuentra ante cualquier

[1012] Véanse la Decisión del CAT de 18 de enero de 2012, comunicación n.º 428/2010, *Kalinichenko c. Marruecos*, CAT/C/47/D/428/2010, párs. 13.1, 13.2 y 16; la Decisión del CAT de 8 de mayo de 2015, comunicación n.º 538/2013, *op.cit*., párr. 10; Decisión del CAT de 30 de junio de 2015, comunicación n.º 542/2013, *X c. la Federación de Rusia*, CAT/C/54/D/542/2013, párs. 9.2 y 12 y la Decisión del CAT de 10 de febrero de 2016, comunicación n.º 671/2015, *D. I. S. c. Hungría*, CAT/C/56/D/671/2015, párs. 9.1 a 9.3.

[1013] *Cfr*. Observación general n.º 4 del CAT, *op.cit*., párr. 37. Véanse, por ejemplo, la Decisión del CAT de 25 de septiembre de 2017, comunicación n.º 614/2014, *S. T. c. Australia*, CAT/C/61/D/614/2014, párs. 9 y 10 y la Decisión del CAT de 30 de junio de 2015, comunicación n.º 542/2013, *op.cit*., párr. 12.

[1014] Véase el Dictamen del CAT de 1 de mayo de 2017, comunicación n.º 300/2006, *Tebourský c. Francia*, CAT/C/38/D/300/2006, párr. 7.4; así como el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 17 de diciembre de 2013, comunicación n.º 1898/2009, *Choudhary c. Canadá*, CCPR/C/109/D/1898/2009, 17 de diciembre de 2013, párr. 8.3.

[1015] Observación general n.º 4 del CAT, *op.cit*., párr. 25 y Observación general n.º 2 del CAT, *op.cit*., párs. 23-25.

[1016] Observación general n.º 4 del CAT, *op.cit*., párr. 23.

[1017] *Cfr*. Observación general n.º 4 del CAT, *op.cit*., párr. 24.

conflicto entre las obligaciones que le incumben en virtud de la Convención y las contraídas en virtud de un tratado de extradición el Comité debería examinar la comunicación que se plantee antes de que se cumpla el plazo para la extradición obligatoria[1018].

II. PROTECCIÓN DESDE EL ÁMBITO REGIONAL EUROPEO

A. La regulación en el CEDH

El principio protector frente a la expulsión de extranjeros que supone la no devolución en caso de peligro de torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes que estamos analizando ha sido contemplado no solo en instrumentos de ámbito internacional, sino también en el ámbito regional. Así vamos a comenzar en el marco europeo estudiando, en primer lugar, la aplicación al respecto del CEDH, cuyo artículo 3 establece que «nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes».

Cabe subrayar que, en este precepto, a diferencia de la protección expresamente manifestada en otros instrumentos internacionales, como la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, se omite la referencia a las «penas o tratos crueles». Ello no significa, como veremos, que en su interpretación no sea incluido dentro del concepto de tratos inhumanos o degradantes por el TEDH.

Por otro lado, la naturaleza absoluta de este derecho, al igual que en el marco internacional, se constata con el hecho de que no es susceptible de derogación o excepción alguna, ni siquiera en caso de estado de urgencia en los términos a los que se refiere el artículo 15[1019], esto es, un Estado no puede derogar las obligaciones que le competen en virtud del artículo 3, ni siquiera en tiempos de «guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación»[1020]. Por tanto, tampoco en caso de amenaza terrorista, como sucedió en el caso *Tomasi c. Francia*, en el que el gobierno presentó como justificación para el trato del Sr. Tomasi su supuesta participación en un ataque terrorista. El Tribunal rechazó esta defensa señalando que «los requisitos de una investigación y las innegables dificultades inherentes a la lucha contra el crimen, especialmente contra el terrorismo, no

[1018] *Ibid*.

[1019] Véanse la STEDH de 8 de enero de 1978, *Irlanda c. Reino Unido*, fundamento 163; la STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, fundamento 79; la STEDH de 28 de julio de 1999, *Selmouni c. Francia*, fundamento 95; la STEDH de 21 de noviembre de 2001, *Al Adsani c. Reino Unido*, fundamento 59 y la STEDH de 12 de abril de 2005, *Shamayev y otros c. Georgia y Rusia*, fundamento 335.

[1020] El artículo 15.1 establece: «En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación». Sin embargo, el artículo 15.2 señala explícitamente que no puede derogarse el artículo 3, incluso ante esa emergencia.

pueden resultar en que se impongan límites a la protección de la integridad física de los individuos»[1021].

Asimismo, la conducta de la víctima al momento de la detención no supone en sí una defensa para justificar el trato inhumano o degradante, tal y como reconoció el Tribunal en el ya citado asunto *Chahal c. Reino Unido,* en el que determinó que la conducta del denunciante o «víctima» es irrelevante a los fines de la protección otorgada en el Convenio, afirmando que el artículo 3 no establece excepciones y su derogación no es posible conforme al artículo 15, ni siquiera en el caso de emergencia pública que suponga una amenaza para la nación.

Por otro lado, valorando la irreversibilidad de los efectos de la tortura y de otras formas graves de maltrato, se considera a los Estados responsables por poner a las personas en riesgo de sufrir dicho trato. Sin embargo, como hemos señalado ya, el riesgo debe ser «real», es decir, que el peligro debe ser previsible y suficientemente concreto. Asimismo, aunque el Estado es responsable por los actos contrarios al CEDH cometidos por sus agentes, también puede serlo si se demuestra que las autoridades conocían o debían haber conocido la existencia de «riesgo real e inminente» de sufrir malos tratos por actores privados o extranjeros sin que las propias autoridades adoptaran las medidas adecuadas para prevenir el daño[1022].

Aunque observamos también que son menos numerosos los casos de este tipo y el Tribunal suele aceptar la reubicación dentro del mismo país, reconoce también que un Estado no será responsable por todos los actos de malos tratos realizados en la esfera privada. Sin embargo, la responsabilidad del Estado debe estar presente de alguna manera, como entendió en *A. c. Reino Unido*[1023].

1. El concepto de tortura

Respecto a la diferencia principal para distinguir entre torturas y penas o tratos inhumanos o degradantes, es preciso recurrir a los primeros pronunciamientos en los que se hace la distinción, que fueron el denominado *Caso Griego*[1024] y el asunto *Irlanda c. Reino Unido*[1025]. En el *Caso Griego,* el órgano entonces juzgador, la Comisión Europea

[1021] STEDH de 27 de agosto de 1992, *Tomasi c. Francia*, párr. 115.
[1022] Véanse la STEDH, de 28 de octubre de 1998, *Osman c. Reino Unido*, págs. 115 y 116; la STEDH de 2 de octubre de 2006, *Mayeka y Mitunga c. Bélgica*, párr. 53 y la STEDH de 29 de abril de 1997, *H.L.R c. Francia*, párr. 40.
[1023] STEDH de 23 de septiembre de 1998, *A. c. Reino Unido.*
[1024] Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 24 de enero de 1968, *Caso Griego*, (*Dinamarca c. Grecia; Noruega c. Grecia; Suecia c. Grecia; Países Bajos c. Grecia*).
[1025] STEDH de 18 de enero de 1978, *Irlanda c. Reino Unido*.

de Derechos Humanos[1026] sostuvo que la característica definitoria de la tortura no es necesariamente la naturaleza o la gravedad del acto, sino más bien el propósito con el que el acto ha sido perpetrado. En este sentido, expresó lo siguiente:

«Todo caso de tortura debe ser un tipo de trato degradante e inhumano, al tiempo que el trato inhumano debe ser también degradante. La noción de trato inhumano cubre, al menos, aquel caso en el que el trato busque deliberadamente causar sufrimientos, ya sean mentales o físicos que, en la situación en particular, sean injustificables. La tortura tiene su propio objetivo, como puede ser la obtención de información o confesiones, o bien infligir algún tipo de pena y suele tratarse, en general, de una forma agravada de trato inhumano. Los tratos o penas infligidos a un individuo pueden considerarse degradantes si se somete a este individuo a una grave humillación frente a terceros, o bien si se le obliga a actuar en contra de su voluntad o conciencia»[1027].

Sin embargo, en el caso *Irlanda c. Reino Unido* cambia el criterio diferenciador del propósito del acto para poner el acento en la evaluación subjetiva de la gravedad del sufrimiento ocasionado por el mismo[1028]. Así, se considera trato degradante el que alcanza una gravedad determinada y puede redefinirse como trato inhumano, el cual, a su vez, si es lo suficientemente serio, puede ser redefinido como tortura[1029]. Este enfoque empezó a ser aplicado posteriormente por el Tribunal, como, por ejemplo, en el caso *Aydin c. Turquía*[1030], donde, siguiendo el criterio del caso *Irlanda c. Reino Unido*, afirmó que la violación puede constituir tortura. En este caso, una joven detenida por la policía turca como sospechosa de participar en el Partido Laboralista del Kurdistán (el PKK), fue despojada de su ropa, golpeada, mojada con chorros de agua fría a presión y violada. El Tribunal concluyó lo siguiente:

[1026] La Comisión Europea de Derechos Humanos fue un tribunal especial del Consejo de Europa. Desde 1954 hasta la entrada en vigencia del Protocolo n.º 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos, los individuos no podían tener acceso directo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sino que debían acudir a la Comisión, que establecía si el caso estaba bien fundado como para ser analizado en la Corte. El Protocolo n.º 11, cuya vigencia inició el 31 de octubre de 1998, abolió la Comisión, y permitió que los individuos pudieran acudir a la Corte directamente. Sin embargo, de acuerdo con el Protocolo n.º 11, la Comisión continuó en funciones durante un año más (hasta el 31 de octubre de 1999) para instruir los casos declarados admisibles por ella antes de la entrada en vigor del Protocolo.

[1027] Desde 1998, el trabajo de la Comisión Europea de Derechos Humanos fue absorbido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La Comisión dejó de funcionar el 1 de noviembre de 1999 de conformidad con el Protocolo n.º 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

[1028] Véase la opinión disidente del Juez Zekia, quien no consideraba que «una intensidad extrema del sufrimiento físico y mental fuese un requisito necesario para que un maltrato se considere tortura» ya que «la naturaleza de la tortura admite una gradación en su intensidad, en su gravedad y en los métodos adoptados». El Juez tampoco consideraba que el Tribunal tuviera jurisdicción para desestimar la decisión previa de la Comisión en cuanto a que el trato constituía tortura y señaló que «se trata de un caso para las autoridades competentes que lo trataron en primera instancia».

[1029] MORGAN, R. Y EVANS, M., *Preventing Torture*, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 82.

[1030] Véanse la STEDH de 25 de septiembre de 1997, *Aydin c. Turquía*; la STEDH de 18 de diciembre de 1996, *Aksoy c. Turquía* y la STEDH de 28 de julio de 1999, *Selmouni c. Francia*.

«La violación de una detenida por parte de un oficial del Estado debe considerarse una forma de maltrato especialmente grave y aborrecible, dada la facilidad con la que el criminal puede aprovecharse de la vulnerabilidad y debilitada resistencia de la víctima. Por otro lado, la violación deja graves cicatrices psicológicas en la víctima que no responden al paso del tiempo tan rápido como otras formas de violencia física y mental… frente a este contexto, el Tribunal considera que la acumulación de actos de violencia física y mental… especialmente el cruel acto de violación al que la víctima fue sometida, suponen una tortura, en violación del Artículo 3 de la Convención» (párs. 83-86).

El TEDH, en ocasiones, también se ha basado para considerar la vulneración del art. 3 CEDH en el elemento de la intención[1031]. Así, la decisión en el caso *Selmouni c. Francia* también fue significativa, porque incluyó la primera referencia a la definición de tortura contenida en el artículo 1 de la UNCAT[1032]. Del mismo modo, en varias decisiones posteriores, como en el caso *İlhan c. Turquía*, señaló que:

«Además de la gravedad del trato, existía una clara intencionalidad como se señala en la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura… que define a la tortura como infligir, de manera intencionada, un daño o sufrimientos graves con el objetivo, entre otros, de obtener información, castigar, o intimidar a la víctima»[1033].

Sobre la tortura, Wouters entendía que:

«(…) debe ser considerada como la más intensa y severa forma de trato inhumano, que requiere un elemento intencional y la implicación de un especial estigma de tales tratamientos inhumanos deliberados para causar sufrimientos especialmente serios y crueles. Los tratos o castigos degradantes pueden entenderse como la forma menos intensa o severa de los tratos prohibidos»[1034].

[1031] Véanse la STEDH de 28 de julio de 1999, *Selmouni c. Francia* y la STEDH de 8 de julio de 2004, *Ilascu y otros c. Moldavia y Rusia.*

[1032] El Tribunal señaló que, habiendo establecido que el sufrimiento causado constituía como mínimo un trato inhumano y degradante, «resta establecer en el caso en particular si el daño o sufrimiento infligidos… pueden ser definidos como "graves" con el significado del Artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura». STEDH de 28 de julio de 1999, *Selmouni c. Francia*, párr. 100.

[1033] STEDH de 27 de junio de 2000, *İlhan c. Turquía*, párr. 85. Véanse también STEDH de 27 de junio de 2000, *Salman c. Turquía*; STEDH de 10 de octubre de 2000, *Akkoç c. Turquía* y STEDH de 3 de junio de 2004, *Bati y otros c. Turquía.*

[1034] WOUTERS, C.W., *International Legal Standards for the protection from refoulement: A legal analysis of the prohibitions on refoulement contained in the Refugee Convention, the European Convention on Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights and the Convention against Torture*, Universidad de Leiden, 2009, p. 222. Asimismo, el TEDH ha abordado esta cuestión en su prolija jurisprudencia. Véanse, a título de ejemplo, SSTEDH, de 18 de enero de 1978, *Irlanda c. Reino Unido*, párr. 167; de 18 de septiembre de 1996, *Aksoy c. Turquía*, párr. 63; de 25 de septiembre de 1997, *Aydin c. Turquía*, párr. 82; de 28 de julio de 1999, *Selmouni c. Francia*, párr. 96; de 28 de marzo de 2000, *Mahmut Kayak c. Turquía*, párr. 117; de 27 de junio de 2000, *Salman c. Turquía*, párr. 85; de 11 de Julio de 2000, *Dikme c. Turquía*, párr. 93 y de 10 de octubre de 2000, *Akkoc v Turquía*, 10 octubre 2000, párr. 115.

Luis María Diez-Picazo, aclaraba a este respecto que «con los términos "tortura" y "tratos inhumanos y degradantes" no se hace referencia a fenómenos cualitativamente diferentes, sino que se trata de "nociones graduadas" dentro de una misma escala»[1035].

2. Trato inhumano y degradante

Por otro lado, la calificación de trato inhumano o degradante ha sido desarrollada por la doctrina jurisprudencial en el sentido de entender por tal aquel que es infligido «con premeditación durante horas y que causa lesiones corporales y gran sufrimiento físico o mental con un nivel de gravedad menor que el de la tortura»[1036]. El trato inhumano puede definirse también mediante la referencia a las otras formas de maltrato: es aquel trato que no es lo suficientemente severo, o no contiene el elemento deliberado, para constituir tortura pero que de todas formas cruza el umbral de gravedad máximo del trato degradante[1037].

Para que un acto constituya un trato degradante debe interferir de alguna manera con la dignidad de una persona. El Tribunal ha señalado, además, que la determinación del nivel de humillación o degradación involucrado es «relativa en su naturaleza: depende de todas las circunstancias del caso y en particular de la naturaleza y el contexto del castigo en sí y el modo y método de ejecución». El criterio tradicional del Tribunal ha sido considerar si el objetivo del trato es humillar y desmoralizar al individuo en cuestión[1038]. Sin embargo, según el Tribunal, la ausencia de una intención por parte de las autoridades estatales de humillar o desmoralizar al denunciante no impedía considerar la supuesta violación del artículo 3, aunque en *V c. Reino Unido*, en particular, el Tribunal determinó que tal violación no había ocurrido[1039].

Por otro lado, considera que un trato es degradante si humilla o desprecia a un individuo, si disminuye su dignidad humana o suscita en la persona sentimientos de miedo, angustia o inferioridad en aras de minar su resistencia moral y física[1040], sin precisar el Tribunal si considera que un acto es inhumano o solo degradante[1041].

[1035] DÍEZ-PICAZO, L.Mª., *Sistema de Derechos fundamentales*, Civitas-Thomson. Madrid, 2005 (2ª ed.), p. 229.
[1036] STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, párr. 220 y STEDH de 20 de octubre de 200, *Kudla c. Polonia*, párr. 92.
[1037] MORGAN, R. Y EVANS, M., *Preventing Torture*, *op.cit.*, p. 93
[1038] STEDH de 16 de diciembre de 1997, *Raninen c. Finlandia*, párr. 55.
[1039] STEDH de 16 de diciembre de 1999, *T y V c. Reino Unido*, párr. 71. En esta instancia, el Tribunal sostuvo que se había hecho todo lo posible para modificar el juicio a fin de tener en cuenta los pocos años de edad del demandado y que, por lo tanto, el artículo 3 no había sido violado.
[1040] SSTEDH de 29 de abril de 2002, *Pretty c. Reino Unido*, párr. 52; de 10 de julio de 2001, *Price c. Reino Unido*, págs. 24-30; de 24 de julio de 2001, *Valašinas c. Lituania*, párr. 117; de 6 de febrero de 2001, *Bensaid c. Reino Unido*, párr. 63.
[1041] Algunos ejemplos en los que el TEDH ha abordado «solo» el trato degradante son las SSTEDH de 25 de abril de 1978, *Tyrer c. Reino Unido*, págs. 28-32; de 11 de diciembre de 2003, *Yankov c. Bulgaria* y de 28 de septiembre de 2015, *Bouyid c. Bélgica*.

Igualmente, no es necesario que la humillación sea «a ojos de los demás», sino que basta con que la víctima se sienta humillada[1042].

En cualquier caso, el TEDH entiende que para considerar un trato como contrario al CEDH debe alcanzar un nivel mínimo de gravedad[1043]. Esta gravedad se define por la intensidad, la repetición o la continuidad del acto mismo, así, en el asunto *Ilascu y otros c. Moldavia y Rusia,* el Tribunal consideró tortura no solo la larga estancia en el corredor de la muerte con el temor constante a la ejecución, sino también las condiciones en las que estuvo aislado, privado de alimento, en unas condiciones higiénicas pésimas y sin acceso a la atención médica adecuada[1044].

Por otro lado, el recurso a la fuerza física, que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento del demandante, menoscaba la dignidad humana y constituye, en principio, una violación del derecho contemplado en el artículo 3 CEDH. Así lo ha determinado el TEDH en la mayor parte de los casos en los que examina si se ha conculcado el artículo 3 CEDH, entendiendo que constituye tratos inhumanos y degradantes y no tortura[1045].

Por último, también se ponderan las circunstancias de la víctima[1046], no para excluirla en función de su situación personal, entrada regular o irregular en el país, historial delictivo, o situación administrativa, sino para valorar la especial vulnerabilidad o circunstancias que puedan incidir en la consideración del mal trato.

3. La pena de muerte como trato inhumano

Aunque sin prohibirla, el sistema europeo de derechos humanos ha restringido la imposición de la pena de muerte[1047], especialmente con la adopción, por parte del Consejo de Europa, del Protocolo n.º 13 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Dicho Protocolo, que entró en vigor el 1 de julio de 2003, vino a llenar el vacío legal que representaba el Protocolo n.º 6, ya que permitía la pena de muerte respecto de aquellos actos realizados en tiempos de guerra o de amenaza de guerra inminente. Así, el Protocolo n.º 13 prohíbe la imposición de la pena

[1042] Véase la STEDH de 25 de abril de 1978, *Tyrer c. Reino Unido*, párr. 32: «it may well suffice that the victim is humiliated in his own eyes, even if not in the eyes of others».
[1043] Véase la STEDH de 14 de noviembre de 2002, *Mouisel c. Francia*, párr. 37.
[1044] Véase la STEDH de 8 de julio de 2004, *Ilascu y otros c. Moldavia y Rusia.*
[1045] ARAI-YOKOI, Y., «Grading scale of degradation: Identifying the threshold of degrading treatment of punishment under article 3 ECHR», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 21, núm. 3, 2003, pp. 386-390.
[1046] Véase, *inter alia*, STEDH de 20 de octubre de 200, *Kudla c. Polonia*, párr. 91 y STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, párr. 219.
[1047] Véase el Protocolo n.º 6 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

de muerte en todas las circunstancias, pero cabe recordar que dicha prohibición, como en todos los tratados, solo es obligatoria para aquellos Estados que lo han ratificado[1048].

Con anterioridad a la entrada en vigor del Protocolo n.º 13, si bien la pena de muerte era una sanción legítima, en algunas circunstancias, el «modo en que se impone y ejecuta, las condiciones personales del sentenciado y la desproporcionalidad de la gravedad del crimen cometido, al igual que las condiciones de detención a la espera de la ejecución de la sentencia» podían constituir una violación del artículo 3[1049]. Tal y como veremos más adelante al analizar el famoso caso de *Soering c. Reino Unido*, la determinación de la existencia de violación del art. 3 CEDH no estuvo motivada por la imposición de la pena de muerte en sí, sino por las condiciones en las que se mantendría al denunciante en el pabellón de los condenados a muerte.

Asimismo, en el caso *Öcalan c. Turquía*, que fue resuelto con anterioridad a la entrada en vigor del Protocolo n.º 13, el Tribunal entendió que «la imposición de la pena de muerte al denunciante, tras un juicio injusto realizado por un tribunal cuya independencia e imparcialidad eran dudosas, constituyó un trato inhumano y por tanto violación del Artículo 3»[1050].

4. Condiciones de detención y aislamiento

El TEDH ha considerado también que las condiciones de detención pueden ser una posible fuente de violaciones del artículo 3. Para ello se ha basado en los informes del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura, el órgano regional de visitas establecido por el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes[1051]. En el caso *Dougoz c. Grecia*, se determinó que las condiciones en las que se detuvo al denunciante mientras este aguardaba su expulsión constituían un trato inhumano y degradante. Estas condiciones incluían el hacinamiento, falta de camas o un lugar donde dormir (algunos reclusos dormían en los pasillos), instalaciones sanitarias insuficientes y falta de alimentos[1052].

El TEDH recuerda que el Estado tiene la obligación de garantizar que todos los detenidos permanezcan en condiciones que respeten su dignidad humana, que las

[1048] España lo ratificó en 2010.
[1049] Todavía lo es para aquellos Estados que no han ratificado los Protocolos n.º 6 y n.º 13.
[1050] STEDH de 12 de mayo de 2005, *Öcalan c. Turquía*, párr. 175.
[1051] En la Sentencia de 30 de julio de 1998, *Aerts c. Bélgica*, el Tribunal consideró explícitamente el informe elaborado por el CEPT luego de su visita a la prisión. El informe criticó duramente las condiciones de detención, señalando que el estándar de atención era menor al nivel mínimo aceptable desde el punto de vista ético y humanitario y que acarreaba un riesgo innegable de deterioro de la salud mental. Sin embargo, el Tribunal señaló que, en esa instancia, no había pruebas suficientes para establecer «de manera concluyente» que las condiciones tenían como resultado el sufrimiento que contraviene el artículo 3.
[1052] Véase la STEDH de 6 marzo 2001, *Dougoz c. Grecia*.

condiciones y la forma de detención no sometan a los detenidos a angustias y penurias cuya intensidad exceda el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención y que, dadas las exigencias prácticas del encarcelamiento, su salud y su bienestar estén adecuadamente asegurados, entre otras cosas, por la atención médica necesaria[1053].

Asimismo, aislar a un detenido de los demás por razones de seguridad, disciplina o protección no es en sí mismo un trato inhumano o una pena degradante. De esta forma, el aislamiento no contraviene automáticamente el artículo 3[1054], siendo necesario evaluar cada caso particular para valorar si hay violación de dicho artículo. Para ello, el Tribunal considerará, entre otras cosas, la rigurosidad de la medida, su duración, el fin perseguido y los efectos que tenga sobre la persona en cuestión[1055]. Por ejemplo, en el asunto *Said c. Países Bajos*, el demandante era un desertor del ejército eritreo y con su posible expulsión a Eritrea se le exponía a sufrir golpes y detención incomunicada, lo que llevó al TEDH a concluir que tales actos eran constitutivos de trato inhumano y que la expulsión podría suponer una violación del artículo 3 CEDH[1056].

Por otra parte, cabe recordar el artículo 5.3 del Convenio cuando establece que toda persona detenida:

«Deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado a juicio».

En el caso *Aksoy c. Turquía*, el Gobierno argumentó que había sido necesario mantener al denunciante incomunicado durante catorce días como parte de la lucha contra el terrorismo[1057]. El Tribunal determinó que:

«(…) existían garantías insuficientes disponibles para el denunciante, que estuvo detenido durante un largo período de tiempo. Además, el negarle acceso a un abogado, doctor, familiar o amigo y la ausencia de una posibilidad real de ser llevado ante un tribunal para determinar la legalidad de su detención demostraban que fue dejado a merced de quienes lo retuvieron»[1058].

[1053] Véanse la STEDH de 7 de junio de 2001, *Papon c. Francia* y la STEDH de 14 de diciembre de 2001, *Gelfmann c. Francia*.

[1054] Véanse, por ejemplo, las SSTEDH de 12 de marzo de 2003, *Öcalan c. Turquía*, párr. 191; de 24 de julio de 2001, *Valašinas c. Lituania*, párr. 112; de 21 de julio de 2005, *Rohde c. Dinamarca*, párr. 93.

[1055] Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos del 14 de mayo de 1987, *Dhoest c. Bélgica*, págs. 117-18; Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 15 de mayo de 1980, *McFeeley y otros c. Reino Unido*.

[1056] Véase la STEDH de 5 de julio de 2005, *Said c. Países Bajos.*

[1057] Véase la STEDH de 18 de diciembre de 1996, *Aksoy c. Turquía*.

[1058] *Ibid*., párr. 83. El Tribunal se refirió en su Sentencia a las conclusiones extraídas en el informe titulado *Turkey: a Policy of Denial*, de febrero de 1995, de Amnistía Internacional; en la *Declaración Pública sobre Turquía*, de 15 de diciembre de 1992, del Comité Europeo para la prevención de la Tortura y en el *Resumen de los resultados de la investigación sobre Turquía*, de 9 de noviembre de 1993, del CAT

En consecuencia, el Tribunal concluyó que el artículo 5.3 había sido violado ya que las circunstancias de la situación no justificaban la incomunicación.

Asimismo, la incomunicación puede constituir una violación del artículo 8 del Convenio, que garantiza el derecho al respeto de la vida privada y familiar. En el caso *Sarı y Çolak c. Turquía*, el Tribunal observó que «puede ser extremadamente importante para una persona que ha sido arrestada tener la posibilidad de comunicarse con su familia inmediatamente. Toda desaparición de un familiar que no tenga explicación, incluso aunque dure poco tiempo, puede causar una angustia profunda»[1059]. En dicho caso, se determinó que la detención sin comunicación por un período de siete días vulneraba el artículo 8.

5. La protección específica que ofrece el artículo 3 del CEDH frente a la expulsión del extranjero

El principio que consagra el citado artículo 3 del CEDH supone la prohibición de este tipo de actos sobre «todo sujeto»; por tanto, con independencia de su nacionalidad o situación, siempre que se halle bajo la jurisdicción de un Estado (art. 1). Pero también, según ha interpretado el TEDH, este precepto supondría la prohibición de exponer a un individuo ante el riesgo de sufrir tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes mediante la expulsión[1060].

Sin embargo, en el CEDH, a diferencia de otros instrumentos internacionales, no se reconoce expresamente un derecho a no ser extraditado, expulsado o deportado, ni se establecen límites expresos en caso de producirse de tales actos[1061]. Ha sido, de nuevo, la jurisprudencia de los órganos de control del CEDH la que ha perfilado y definido este principio. Cabe subrayar que, a raíz precisamente de la jurisprudencia en materia de expulsión y devolución del TEDH, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas comienza realmente a interesarse por esta cuestión, especialmente tras el asunto resuelto

(véanse los párs. 80 y 46). Véase también la STEDH de 23 de septiembre de 1998, *Demir y otros c. Turquía*, págs. 55 y 57.

[1059] STEDH de 4 de abril de 2006, *Sarı y Çolak c. Turquía*, párr. 36.

[1060] Véase, GREENMAN, K., «A castle built on sand? Article 3 ECHR and the source of risk in non-refoulement obligations in international law», I*nternational Journal of Refugee Law*, vol. 72, núm. 2, 2015, pp. 264-296; DE WECK, F., *Non-refoulement under the European Convention on Human Rights and the UN Convention against Torture*, Brill/Nijhoff, Leiden/Boston, 2016; HAMDAN, E., *The principle of non-refoulement under ECHR and the UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degradating Treatment or Punishment*, Brill/Nijhoff, Leiden/Boston, 2016; JACKSON, M., «Freeing Soering: The ECHR, State Complicity in Torture and Jurisdiction», *European Journal of International Law*, vol. 27, núm. 3, 2016, pp. 817-830; FLEGAR, V., «Vulnerability and the Principle of Non-Refoulement in the European Court of Human Rights: Towards an Increased Scope of Protection for Persons Fleeing from Extreme Poverty?», *Contemporary Readings in Law and Social Justice*, vol. 8, núm. 2, pp. 148-169 y COSTELLO, C., «The Search of the Outer Edges of Non-Refoulement in Europe» en CANTOR, D. y BERSON, B. (eds.), *Human Rights and the Refugee Definition: Comparative Legal Practice and Theory*, Brill/Nijhoff, Leiden/Boston, 2016, pp. 180-209.

[1061] BERTOMEU NAVARRO, A., *El Principio de non-refoulement*, *op.cit.*, pp. 274-308.

por la Comisión Europea de Derechos Humanos, *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*, de 28 de mayo de 1985, en el que a pesar de no considerar la vulneración del art. 3, el órgano mantuvo que los controles nacionales de inmigración deben ejercitarse de acuerdo con el CEDH[1062]. En este caso, las medidas que permitían a las esposas, pero no a los maridos de residentes permanentes entrar para reunirse con sus cónyuges, violaban el artículo 14 junto con el artículo 8 del Convenio como discriminación del derecho al respeto de la vida familiar.

Tal y como afirman Burger y Danelius, el grupo de trabajo encargado de redactar la Convención contra la Tortura de 1984 recibió la influencia de la jurisprudencia de este órgano de control europeo que empezó a pronunciarse sobre la materia durante los años sesenta, destacando como uno de los primeros asuntos resueltos el de *X. c. Bélgica*[1063]. En este caso, se concluyó expresamente que la expulsión del extranjero hacia un país determinado puede, bajo circunstancias excepcionales, constituir trato inhumano o degradante y, por tanto, contrario al artículo 3 CEDH. Esta conclusión fue reiterada en el asunto *X. c. República Federal de Alemania*[1064], al reafirmar que se produce la violación del artículo 3 del CEDH cuando una persona es devuelta a un país en el que, debido a la naturaleza de su régimen, o a una determinada situación, sus derechos fundamentales pudieran verse gravemente violados.

El TEDH, que tomó el testigo a la Comisión Europea de Derechos Humanos, ha confirmado con rotundidad, tal y como veremos, este principio de no expulsión en caso de riesgo de tortura, tratos inhumanos o degradantes:

«*It is the settled case-law of the Court that the decision by a Contracting State to remove a fugitive – and, a fortiori, the actual removal itself – may give rise to an issue under Article 3, and hence engage the responsibility of that State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person in question would, if extradited, face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 in the receiving country*»[1065].

[1062] Véase la STEDH de 28 de mayo de 1985, *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido.* Asimismo, pueden verse, entre otras, la Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 3 de mayo de 1983, *Altun c. Alemania*, p. 209; Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 3 de diciembre de 1984, *M. c. Francia*, p. 103 o la Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humano de 11 de marzo de 1984, *Kirkwood c. Reino Unido*, pp. 158-191.

[1063] «(…) *la requête paraît soulever la question de savoir si l'expulsion d'un étranger peut, dans certains conditions exceptionnelles, constituer un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3 de la Convention*», Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, asunto *X. c. Bélgica*, *Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, 1961/6*, pp. 39 y 40. Véase DANELIUS, H. y BURGERS, H., *The United Nations Convention Against Torture: A Handbook on the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Brill, 2021.

[1064] Véase el Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos, *X. c. Alemania*, 7 EHRR 152, 1984.

[1065] STEDH de 13 de diciembre de 2012, *El-Marsi c. Antigua República Yugoslava de Macedonia*, párr. 212. Asimismo, véanse, entre otras, SSTEDH de 7 de julio de 1989, *Soering c. Reino Unido*, párr. 91; de 20 de marzo de 1991, *Cruz Varas y otros c. Suecia*, págs. 69-70; de 4 de febrero de 2005, *Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, párr. 67 y de 28 de febrero de 2008, *Saadi c. Italia*, párr. 126.

También ha confirmado el TEDH las dos características más importantes del mismo. En primer lugar, el ya citado carácter absoluto de este precepto, que no admite ninguna restricción y derogación en la medida en que, como el derecho a la vida, se trata de un «valor fundamental de las sociedades democráticas»[1066], que debe mantenerse incluso «en tiempo de guerra u otra emergencia pública que amenace la vida de una nación» (artículo 15.1 CEDH). En segundo lugar, el comportamiento de la víctima es indiferente a la hora de apreciar la pertinencia de su aplicación[1067]. Así, en el asunto *Irlanda c. Reino Unido*, el Tribunal afirmaba:

«*The Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the victim's conduct. Unlike most of the substantive clauses of the Convention and of Protocols Nos. 1 and 4, Article 3 makes no provision for exceptions and, under Article 15 para 2, there can be no derogation therefrom even in the event of a public emergency threatening the life of the nation*»[1068].

B. Principales aspectos que valora el TEDH para determinar la violación del artículo 3 del CEDH

A la hora de determinar el riesgo real de malos tratos en el país al que debe ser expulsado un extranjero, observamos que el TEDH examina, por una parte, la situación general en materia de derechos humanos en el país y, por otra parte, los elementos concretos en el caso y del demandante como consideración de vulnerabilidad especial.

1. Circunstancias subjetivas, la especial vulnerabilidad

Aunque, como ya hemos señalado, el comportamiento personal es indiferente a la hora de determinar el riesgo real de malos tratos, las circunstancias subjetivas de la víctima se tienen en cuenta para valorar la gravedad del trato contrario al CEDH. Así, se consideran especialmente vulnerables las mujeres, adolescentes embarazadas, los menores, ancianos dependientes, los enfermos físicos o psíquicos, los enfermos terminales, los transexuales, los homosexuales, los detenidos, criminales sospechosos, opositores políticos, los refugiados, los apátridas, los discapacitados, víctimas de violencia doméstica, personas víctimas de agresión sexual o víctimas de tráfico de personas[1069].

[1066] STEDH de 7 de julio de 1989, *Soering c. Reino Unido*, párr. 88.
[1067] Véanse la STEDH de 4 de julio de 2006, *Ramírez Sánchez c. Francia*, págs. 115-116 y la STEDH de 10 de abril de 2012, *Babar Ahmad y otros c. Reino Unido*, párr. 200.
[1068] STEDH de 18 de enero de 1978, *Irlanda c. Reino Unido*, párr. 163.
[1069] Recuérdese que el art. 15 del Proyecto sobre Expulsión de Extranjeros reconoce esta condición especial a «los niños, las personas de edad, las personas con discapacidad, las mujeres embarazadas y otras personas

Asimismo, el Tribunal hace referencia expresamente a grupos vulnerables al referirse a las minorías o etnias. Entre estos grupos vulnerables se encuentran también los demandantes de asilo, cuya protección estudiamos en profundidad en el capítulo anterior.

Los menores son también especialmente vulnerables y, por tanto, determinados comportamientos hacia niños, niñas y adolescentes pueden ser incompatibles con los requisitos del artículo 3 del Convenio por el simple hecho que son menores de edad[1070], mientras que podrían estimarse aceptables si se tratase de adultos[1071]. Además, el Tribunal ha recordado que la vulnerabilidad extrema del menor es un factor decisivo que prevalece sobre otros aspectos, como los relativos a la condición de inmigrante irregular[1072], así como otras cuestiones, como el interés superior del menor, a las que nos referimos en detalle al estudiar la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, a la que nos remitimos[1073].

En este contexto, cabe destacar una sentencia pionera en el ámbito europeo, la dictada por el TEDH en el caso *Mubilanzila Mayeka y Kanili Mitunga c. Bélgica*, de 12 octubre de 2006, ante la expulsión de un menor extranjero y donde por primera vez se establecen las condiciones en las que un menor extranjero no acompañado puede quedar detenido[1074]. Desde este pronunciamiento, el Tribunal viene recordando que el ingreso de

---

vulnerables objeto de expulsión». Véanse las SSTEDH de 22 de octubre de 1996, asunto *Stubblings y otros c. Reino Unido;* de 12 de febrero de 2009, *Nolan y K. c. Rusia*; de 3 de noviembre de 2009, *Lautsi c. Italia*; de 15 de mayo de 2012, *Fernández Martínez c. España*; de 14 de noviembre de 2013, *Blokhin c. Rusia*. También, en particular, sobre menores no acompañados el ámbito de la inmigración, véanse, a título de ejemplo, las SSTEDH de 19 de enero de 2010, *Muskhadzhiyeva y otros c. Bélgica*, párr. 56; de 21 de junio de 2011, *Heinisch c. Alemania*; de 16 de enero de 2009, *Renolde c. Francia*; de 29 de abril de 2002, *Pretty c. Reino Unido*; de 11 de julio de 2002, *Christine Goodwin c. Reino Unido*; de 22 de octubre de 1981, *Dudgeon c. Reino Unido*. Véanse, también, entre otras, las SSTEDH de 25 de septiembre de 1997, *Aydin c. Turquía*; de 29 de abril de 1999, *T.W. c. Malta*; de 27 de junio de 2000, *Salman c. Turquía*; de 15 de noviembre de 2001, *Iwanczuk c. Polonia*; de 8 de julio de 2004, *Ilascu y otros c. Moldavía y Turquía*; de 23 de octubre de 2008, *Soldatenko c. Ukrania*, págs. 71-72; de 6 de noviembre de 2007, *Stepuleac c. Moldavia*; de 28 de febrero de 2008, *Saadi c. Italia*, párr. 29; de 10 de marzo de 2009, *Bykov c. Rusia*; de 19 de noviembre de 2009, *Kaboulov c. Ucrania*, párr. 112; de 10 de febrero de 2011, *Dzhaksybergenov c. Ucrania*, párr. 37; de 11 de octubre de 2011, *Sharipov c. Rusia*, págs. 35-46; de 11 de abril de 2013, *Ochelkov c. Rusia*; de 29 de octubre de 2013, *D.F. c. Latvia*; de 3 de abril de 2014, *Oshlakov c. Rusia*, párr. 29 y de 31 de julio de 2014, *Tershiyev c. Azerbaijan*, párr. 55.

[1070] En este sentido, véase la STEDH de 10 de julio de 2001, *Price c. Reino Unido*, párr. 24; de 7 de junio de 2007, *Mikadzé c. Rusia*, párr. 108 y de 28 de octubre de 1998, *Assenov y otros c. Bulgaria*, párr. 94: «*the assessment of this minimum is relative: it depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical and/or mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim*». Véase también, entre otras, las SSTEDH de 16 de diciembre de 1997, *Raninen c. Finlandia*, párr. 55; de 9 de junio de 1998, *Tekin c. Turquía*, págs. 52 y 53; de 3 de junio de 2004, *Bati y otros c. Turquía*, párr. 113-120; de 12 de octubre de 2006, *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*; STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, págs. 216, y 219 y 220. En el mismo sentido, las SSTEDH de 19 de abril de 2001, *Kudła c. Polonia*, págs. 91 y 94; de 24 de enero de 2008, *Riad y Idiab c. Bélgica*, párr. 100, *Slimani c. Francia*, cit., párr. 27.

[1071] STEDH de 28 de septiembre de 2015, *Bouyid c. Bélgica*, párr. 82 y párr. 110.

[1072] Véase la STEDH de 19 de enero de 2012, *Popov c. Francia*, párr. 91.

[1073] Véase la Observación General n.º 6 del CRC, *op.cit.*, párr. 84.

[1074] STEDH de 12 de octubre de 2006, *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica.*

un menor en un centro de internamiento no se puede decretar de manera automática, sino que se ha de concebir como una medida excepcional. En este caso, las autoridades belgas detuvieron durante dos meses, en el centro de tránsito del aeropuerto de Bruselas, habilitado solo para adultos, a una menor congoleña de cinco años de edad que trataba de llegar hasta Canadá para reunirse con su madre, permaneciendo separada de sus padres y sin medidas de acompañamiento acordes con su edad para, finalmente, ser expulsada. El Tribunal concluyó que, considerando la extrema vulnerabilidad de la menor, por razón de su corta edad y las circunstancias que la rodeaban (extranjera no acompañada en situación de irregularidad) las autoridades belgas mostraron «una falta de humanidad de tal calibre que alcanzaba la consideración de trato inhumano». Así, el grado de sufrimiento –criterio determinante para considerar inhumano o degradante el trato recibido– que la niña tuvo que soportar a consecuencia de las condiciones de su detención, superó el umbral necesario para declarar lesionado el art. 3 del CEDH[1075]. Pero, además, la Corte consideró que esta violación no solo se produjo respecto de la niña sino también respecto de la madre[1076].

Continuando en el ámbito de la expulsión de menores con vulneración del artículo 3 del CEDH, vamos a recordar la Sentencia del TEDH del caso *Rahimi c. Grecia*, de 5 de abril de 2011. El recurrente era un menor afgano de 15 años de edad que entró ilegalmente en Grecia después de perder a sus padres en la guerra de su país. El mismo día que llegó a la isla de Lesbos fue arrestado y llevado a un centro de internamiento durante dos días, hasta que se le notificó la orden de abandonar en el plazo de 30 días el territorio nacional, dejándolo en libertad sin que tal decisión se acompañase de medida asistencial alguna. El menor consiguió abandonar la isla y llegar a Atenas, donde fue acogido por una asociación de ayuda a los inmigrantes. Fue entonces cuando presentó una solicitud de asilo que no se aceptó, ordenando su expulsión. En su recurso contra la orden de expulsión, denunció que su condición de menor de edad no había sido tomada en consideración, ni cuando fue detenido, ya que le ingresaron en un centro de adultos, ni cuando quedó en libertad, pues las autoridades griegas no contemplaron al dictar esa orden ninguna medida de protección o salvaguarda. Por todo ello el Tribunal consideró que se había producido un «tratamiento degradante e inhumano»[1077].

Por otro lado, otros grupos especialmente vulnerables, tal y como hemos avanzado, pueden ser los grupos minoritarios, por lo que la expulsión de una persona perteneciente a un grupo de riesgo podría generar responsabilidad del Estado que realiza

[1075] *Ibid.*, págs. 55 y 58
[1076] LÓPEZ ULLA, J.M., «Alcance del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con la detención de un menor extranjero no acompañado. La obligación positiva de no dejarle en desamparo», *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013, pp. 481-497.
[1077] Véase la STEDH de 5 de abril de 2011, *Rahimi c. Grecia*, págs. 30, 31, 37, 41 y 47.

la devolución o expulsión por infringir el artículo 3. Así lo consideró el Tribunal en los asuntos *A.F. c. Francia* y *A.A. c. Francia*, al entender que la expulsión de los demandantes a Sudán vulneraba el artículo 3 del CEDH al constatar que los demandantes formaban parte de una etnia no árabe, la Birqid y además tenían relación con el grupo rebelde JEM, lo que los exponía a un grave peligro de sufrir tortura por parte de las autoridades estatales. Así pues, no solo pertenecían a un grupo minoritario, sino que también formaban parte de un grupo considerado por las autoridades oficiales como grupo de oposición o grupo rebelde[1078].

Igualmente, en el asunto *Makhmudzhan Ergashev c. Rusia* se apreció violación del artículo 3 por la expulsión a Kirguistán de un nacional kirguís perteneciente a la comunidad uzbeka[1079]. El TEDH concluyó que el demandante tenía fundamento para temer ser torturado o sometido a tratos inhumanos o degradantes, habida cuenta, en particular, del extendido recurso a la tortura contra la minoría uzbeka en el sur del Kirguistán. En todo caso, era la primera vez que el TEDH se pronunciaba sobre el fondo de una queja con respecto al riesgo para una persona de padecer un trato prohibido por el artículo 3 en Kirguistán, donde fueron especialmente duros los enfrentamientos entre las comunidades kirguís y uzbeka en 2010.

En este mismo sentido, en el asunto *S.H. c. Reino Unido*, sobre la expulsión del demandante de etnia nepalí a Bután, el TEDH afirmó que los actos motivados por discriminación racial constituirían incluso un factor agravante para determinar la existencia de trato inhumano o degradante, por lo que entendió que la discriminación sufrida por dicha etnia en Bután era suficiente, entre otros motivos para considerar una vulneración del art. 3[1080].

Finalmente, las minorías de grupos religiosos también han sido objeto de protección desde este precepto, como se aprecia del asunto *M.E. c. Francia*[1081]. En este caso, un cristiano copto de Egipto que huía de las persecuciones religiosas en su país se demora en presentar una solicitud de asilo en Francia, siendo objeto de una orden administrativa de reconducción a la frontera, donde el demandante pudo presentar un recurso suspensivo ante el Tribunal administrativo y una solicitud de asilo también suspensiva ante el organismo responsable en este país. El Tribunal estimó violación del artículo 3 si se ejecutara la decisión de devolución del demandante a Egipto ya que había pruebas para creer que como cristiano copto podría sufrir riesgo de malos tratos, no tanto

[1078] STEDH de 15 de enero de 2015, *A.F. c. Francia*, págs. 52-58 y STEDH de 15 de enero de 2015, *A.A. c. Francia*, págs. 52-62.
[1079] STEDH de 16 de octubre de 2012, *Makhmudzhan Ergashev c. Rusia*.
[1080] Véase la STEDH de 15 de junio de 2010, *S.H.H. c. Reino Unido* y BERTOMEU NAVARRO, A., *El Principio de non-refoulement, op.cit.*, p. 347.
[1081] STEDH de 6 de junio de 2013, *M.E. c. Francia*, fundamentos finales.

por los agentes del estado, sino por terceros, pero considerando que el Estado no podía garantizar su seguridad, se determinó su responsabilidad.

2. Motivos de salud

También entran en la consideración de vulnerables las personas enfermas, por lo que una expulsión a un Estado en el que se tienen dudas sobre la posibilidad de empeoramiento de su estado podría constituir una vulneración del artículo 3. Así lo entendió el TEDH en la Sentencia del caso *Savran c. Dinamarca*[1082]. Igualmente, en el caso *D. c. Reino Unido*, el Tribunal concluyó que la expulsión del denunciante, gravemente enfermo terminal, constituiría una violación del artículo 3 debido a la falta de medios e infraestructura médica en el país de destino para ofrecerle un tratamiento eficaz. Aunque en este caso no pudiera afirmarse que las condiciones de atención a la demandante en el país de destino constituyeran un acto de tortura, la devolución sí le expondría a un grave riesgo para su salud, lo cual fue suficiente para considerar que supondría un trato inhumano[1083].

Sin embargo, frente a estos supuestos, hay muchos otros en los que no se aprecia esta vulneración del artículo 3 por motivos de salud, entendiendo que para que se reconozca la vulneración de tal precepto no basta solo una situación de deficiente atención médica del Estado receptor. Así, en el caso *Aoulmi c. Francia,* el Tribunal concluyó que la devolución de un enfermo de hepatitis C a Argelia no constituía una violación del artículo 3 al constatar que el demandante llevaba tiempo sin someterse a tratamiento y el mero hecho de que la atención médica en el Estado receptor fuera deficiente no constituía, por sí misma, una vulneración del precepto[1084]. En este mismo sentido se pronunció el Tribunal en el caso *Bensaid c. Reino Unido*, apreciando que la devolución a Argelia del demandante, que padecía esquizofrenia, tampoco conllevaba una vulneración del artículo 3 del Convenio, puesto que en dicho país podrían también tener acceso a un tratamiento médico oportuno[1085].

El caso *Amegnigan c. Países Bajos* involucraba a un nacional togolés que padecía de SIDA, quien denunció que la expulsión a su país natal lo expondría a un riesgo real de sufrir la muerte[1086]. El Tribunal consideró que la expulsión no vulneraba el Convenio, dado que la enfermedad del denunciante no estaba en una etapa terminal, y los medicamentos retrovirales estaban disponibles en Togo. Igualmente, en el asunto *N. c.*

[1082] Véase la STEDH de 1 de octubre de 2019, *Savran c. Dinamarca* y la STEDH de 13 de diciembre de 2016, *Paposhvili c. Bélgica*.
[1083] Véanse las conclusiones en la STEDH de 2 de mayo de 1997, *D. c. Reino Unido*.
[1084] STEDH de 17 de enero de 2006, *Aoulmi c. Francia*, págs. 51-60.
[1085] STEDH de 6 de febrero de 2001, *Bensaid c. Reino Unido*, págs. 36-40.
[1086] Véase la STEDH de 25 de noviembre de 2004, *Amegnigan c. Países Bajos.*

Reino Unido la Corte determinó que no hubo vulneración del artículo 3 del CEDH por la expulsión de la demandante[1087], enferma muy grave de VIH, a Uganda, fundamentando dicha decisión en que el hecho de no considerarse a la demandante en un estado crítico y encontrarse en condiciones de viajar no alcanzaba el nivel de gravedad exigido para entender vulnerado el artículo 3[1088]. Se entendió, además, que supondría una gravosa carga para los Estados tener que asumir la asistencia médica de todos aquellos ciudadanos que tuvieren peores atenciones en sus países de origen, ya que el Convenio no obliga a los Estados contratantes a proveer de unos cuidados médicos gratuitos e ilimitados a todos los extranjeros carentes del derecho a permanecer en su territorio[1089]. En general, la línea jurisprudencial actual entiende que la expulsión de un individuo que padece de una grave enfermedad a su país de origen solo constituiría una violación del artículo 3 del Convenio si la enfermedad se encuentra en una etapa terminal y el tratamiento adecuado no está disponible en el país al que está siendo expulsado[1090].

Finalmente, vamos a citar el asunto *Paposhvili c. Bégica*, en el que, aunque el denunciante no se encontraba ante un peligro de muerte, sí corría un riesgo real por la ausencia de tratamiento adecuado en el Estado de destino. El aspecto determinante fue la falta de evaluación del Estado belga de la existencia de tratamiento adecuado en el país de destino, por lo que el Tribunal consideró que la expulsión del denunciante suponía una violación del artículo 3[1091]. Este caso destaca porque, a partir del mismo, se rebaja el umbral establecido previamente, admitiendo como circunstancias que vulneran el art. 3, la reducción significativa de la esperanza de vida, el deterioro significativo del estado de salud, o el sufrimiento intenso, especificando el control que debe ejercer el Estado parte antes de expulsar o devolver a una persona que alegue circunstancias médicas[1092]. Además, en este caso, el Tribunal de Estrasburgo se apoya en la línea jurisprudencial del TJUE, a la que nos referiremos más adelante en el ámbito del derecho comunitario. Baste

[1087] Véase la STEDH de 27 de mayo de 2008, *N. c. Reino Unido*, págs. 29-51. Por lo que se refiere a la cuestión de si corresponde otorgarle asilo por cuestiones de salud, aunque hay países como Estados Unidos en los que, en caso de que la persona tenga el VIH y en su país de origen corra riesgo de ser perseguida por tal razón, corresponde otorgarle el asilo, esta postura no es la adoptada por la Unión Europea, que no admite tales peticiones de asilo por no estar contemplado dicho supuesto en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951).

[1088] Estas circunstancias han sido objeto de crítica, véase, por ejemplo, FLEGAR, V., «Vulnerability and the principle of non-refoulement in the European Court of Human Rights: Towards an increased scope of protection for persons fleeing form extreme Poverty?», *Contemporary Readings in Law and Social Justice*, vol. 8, núm. 2, pp. 153-156.

[1089] STEDH de 27 de mayo de 2008, *N. c. Reino Unido*, págs. 42-43.

[1090] APT/CEJIL, *La tortura en el derecho internacional. Guía de jurisprudencia*, 2008, p. 91.

[1091] STEDH de 13 de diciembre de 2016, *Paposhvili c. Bégica*, págs. 183, 205 y 206.

[1092] Así, el TEDH hace referencia a controlar que se dé «la posibilidad efectiva para el interesado de tener acceso a esos cuidados y equipamientos en el Estado de destino» y del «coste de los medicamentos y tratamientos, de la existencia de una red social y familiar, y de la distancia geográfica para acceder a los cuidados requeridos».

adelantar ahora que en el marco de aplicación del sistema Dublín[1093], el TJUE mantiene que el traslado de un solicitante de protección internacional al Estado miembro encargado de tramitar su solicitud solo puede llevarse a cabo en condiciones que sean conformes con el art. 4 de la CDFUE, relativo a la prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes. Por tanto, cuando el solicitante sufra una enfermedad mental o física grave, y su traslado implique un peligro real y cierto de deterioro físico o psíquico, el reenvío del solicitante al Estado miembro competente de tramitar su solicitud constituye un trato contrario al art. 4 de la CDFUE. Así, en *CK y otros*, los recurrentes alegan que su traslado tiene consecuencias negativas para el estado de salud de la señora C.K. que podrían afectar igualmente al bienestar de su hijo recién nacido[1094]. El Tribunal entiende que en el caso de que las precauciones no sean suficientes, el Estado miembro encargado del traslado deberá suspender dicho reenvío.

3. Circunstancias objetivas y responsabilidad del Estado: pena de muerta y cadena perpetua

Tal y como hemos señalado, han de considerarse las circunstancias particulares de cada caso de expulsión del extranjero a otro Estado para valorar el riesgo de sufrir tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes que hacen surgir la obligación del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentra[1095]. Así, el Tribunal ha declarado reiteradamente que constituiría una vulneración del artículo 3 enviar a una persona a otro Estado donde probadamente existan razones de peso para creer que la persona afectada, si fuese expulsada o «extraditada», se enfrentaría a un riesgo real de ser sometida a tortura o a tratos o penas inhumanos o degradantes en el Estado receptor. Sin embargo, queremos destacar que, de conformidad con el Convenio, la responsabilidad del Estado nace cuando la vulneración se produce por un peligro previsible y suficientemente concreto, no basta la expectativa de que se produzca.

[1093] El «sistema Dublín», está regulado por el ya citado Reglamento (UE) n.º 604/2013, que tiene como objetivo la rápida determinación del Estado miembro responsable de tramitar la solicitud de protección internacional presentada por un extranjero, con el fin de garantizar el acceso efectivo y la rápida tramitación de las solicitudes, así como evitar el denominado *forum shopping*. El capítulo II de este Reglamento contiene una jerarquía de criterios que permiten determinar el Estado miembro responsable de tramitar la solicitud de protección internacional del extranjero. Si ninguno de ellos es aplicable al caso concreto, existe una cláusula residual que establece que, en el supuesto de que el cruce de la frontera se haya llevado a cabo de forma irregular «el Estado miembro en el que haya entrado de tal forma será responsable del examen de la solicitud de protección internacional». Sobre la finalidad del sistema Dublín véase la STJUE de 21 de diciembre de 2011, asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10, *N.S. y M.E.*, párr. 79.

[1094] Véase la STJUE de 16 de febrero de 2017, asunto C-578/16, *PPU. C. K. y otros contra Republika Slovenija*, párr. 96: «las autoridades del Estado miembro encargado de proceder al traslado son quienes deben disipar todas las dudas acerca de las repercusiones negativas que ese traslado supondría para el solicitante, así como tomar todas las precauciones necesarias para evitar posibles perjuicios en el estado de salud de la persona».

[1095] Nos referiremos al aspecto de la jurisdicción en el apartado sobre las expulsiones colectivas.

La primera vez que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró la responsabilidad de un Estado por expulsar a una persona con posibilidades de sufrir malos tratos en el país de destino se trata de un caso de extradición, y precisamente hacia un país no signatario del CEDH, EEUU, en lo que Roldán Barbero describió como «una cierta relativización de los límites nacionales y regionales de cobertura en favor de la dignidad humana»[1096]. Fue la famosa Sentencia del asunto *Soering c. el Reino Unido*, de 7 de julio de 1989, donde el TEDH afirmó que la base de la responsabilidad del Estado que realiza el traslado radica en la exposición de la persona al maltrato proscrito[1097]; incluso en este caso, que además se trataba no de expulsión, sino de extradición del demandante a EEUU[1098], donde probablemente esperaría en el corredor de la muerte hasta que llegara la sentencia que confirmara su ejecución[1099]. El Tribunal dejó claro lo siguiente:

«Cuando un demandante alega que la decisión de extraditarle, de ser ejecutada, sería contraria al artículo 3 por causa de sus previsibles consecuencias en el país que solicita la extradición, es necesario hacer una excepción a esta regla general (que se refiere al riesgo real, no a la mera expectativa), considerando la grave e irreparable naturaleza del sufrimiento que se presume que podría producirse»[1100].

[1096] ROLDÁN BARBERO, J., «La extradición y la pena de muerte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. La Sentencia Soering de 7 de julio de 1989», *Real Instituto Elcano*, vol. 17, 1990, p. 543.

[1097] En este caso, el demandante defendía que, de ser trasladado a EEUU, sería retenido en el corredor de la muerte hasta su ejecución. Se tuvo en cuenta especialmente, la juventud, el estado mental del demandante y la larga espera hasta su ejecución, circunstancias que superaban el umbral mínimo exigido para considerar violación del art. 3 del CEDH. Véase también, STEDH de 20 de marzo de 1991, *Cruz Varas y otros c. Suecia*, párr. 70.

[1098] Véanse, asimismo, otros casos de extradición, como las SSTEDH de 4 de febrero de 2005, *Mamatkulov y Askarov c. Turquía*; de 12 de octubre de 2005, *Shamayev y otros c. Georgia y Rusia*; de 10 de agosto de 2006, *Olaechea Cahuas c. España*; de 24 de abril de 2008, *Ismoilov y otros c. Rusia*, párr. 67; de 18 de febrero de 2010, *Baysakov y otros c. Ucrania*, párr. 48 y de 23 de septiembre de 2010, *Iskandarov c. Rusia*. Asimismo, véanse los casos más relevantes en los que el TEDH ha abordado la cuestión de la expulsión, esto es, las SSTEDH, de 20 de marzo de 1991, *Cruz Varas y otros c. Suecia*, párr. 70; de 30 de octubre de 1991, *Vilvarajah y otros c. Reino Unido*; de 15 de noviembre de 1996, asunto *Chahal c. Reino Unido*; de 28 de noviembre de 1996, *Nsona c. Países Bajos*; de 17 de diciembre de 1996, *Ahmed v Austria*; de 29 de abril de 1997, *H.L.R. c. Francia*; de 2 de mayo de 1997, asunto D. c. Reino Unido; de 11 de julio de 2000, asunto Jabari c. Turquía; de 6 de febrero de 2001, *Bensaid c. Reino Unido*; de 6 de marzo de 2001, *Hilal c. Reino Unido*; de 17 de febrero de 2004, *Thampibillai c. Países Bajos;* de 17 de febrero de 2004, *Venkadajalasarma c. Países Bajos*; de 5 de julio de 2005, *Said c. Países Bajos*; de 26 de julio de 2005, *N. c. Finlandia;* de 8 de noviembre de 2005, *Bader y otros c. Suecia;* de 22 de junio de 2006, *D. y otro c. Turquía;* de 11 de enero de 2007, *Salah Sheekh c. Países Bajos*; de 20 de enero de 2011, *N.S. c. Dinamarca*, párr. 69 y de 15 de noviembre de 2011, *Al Hanchi c. Bosnia y Herzegovina*, párr. 39.

[1099] El TEDH evitó pronunciarse sobre el Acuerdo de Extradición de 1972 entre el Reino Unido y los Estados Unidos, en el que solo se recogía una cláusula de conflicto en el contexto de la pena de muerte, pero no en relación con la tortura u otras formas de malos tratos proscritos. En este sentido, el art. IV dispone: *«If the offense for which extradition is requested is punishable by death under the relevant law of the requesting Party, but the relevant law of the requested Party does not provide for the death penalty in a similar case, extradition may be refused unless the requesting Party gives assurances satisfactory to the requested Party that the death penalty will not be carried out».*

[1100] Véase la STEDH de 7 de julio de 1989, *Soering c. Reino Unido*, págs. 90-91.

La violación en tales circunstancias se adjudica al Estado que extradita por exponer al individuo a un maltrato[1101].

Además, en este caso, al tratarse de una extradición, podía llevar a un «conflicto» de obligaciones: la del tratado de extradición en cuestión y las que derivan del CEDH. En este ámbito, el TEDH se ha mostrado tradicionalmente prudente, evitando posicionarse, ya que, entre otras cuestiones, no es responsabilidad de dicho Tribunal abordar esta cuestión, sino «solo» pronunciarse sobre una eventual violación del artículo 3 de la Convención[1102].

Por otro lado, tal y como hemos visto, tampoco la Corte entró inicialmente a calificar la pena de muerte de trato inhumano y degradante *per se*. Así lo afirmó el juez De Meyer de manera rotunda en su voto en el asunto *Soering* en 1989. Tampoco entra a juzgar que en caso de delito se imponga la pena capital o la cadena perpetua conforme a la legislación del país o si el castigo es proporcionado al delito cometido, entendiendo que no hay violación del artículo 3 cuando la pena a perpetuidad que se podría imponer a los demandantes no fuera manifiestamente desproporcionada[1103]. En caso de serlo, sí entiende que la expulsión al país en que se va a ejecutar la pena capital vulneraría el CEDH, como afirmó en *Jabari c. Turquía*, donde la demandante iraní huyó de su país a Turquía por temor a ser condenada a muerte mediante lapidación o a ser flagelada por adulterio, infracción castigada por la ley islámica[1104].

Sin embargo, a partir de 2003, cuando se firma el Protocolo n.º 13, que abolía la pena de muerte en «todas las circunstancias» su posición comienza a cambiar, tal y como se aprecia caso en la Sentencia del caso *Ócalan*, del 12 de marzo de 2003, considerando que «la pena de muerte en tiempo de paz es una forma de sanción inaceptable, cuando no inhumana, que no está autorizada por el artículo 2 (derecho a la vida)»[1105].

[1101] Véanse, por ejemplo, las SSTEDH de 20 de marzo de 1991, *Cruz Varas y otros c. Suecia*; de 30 de octubre de 1991, *Vilvarajah y otros c. Reino Unido*; de 29 de abril de 1997, *H.L.R. c. Francia*; de 2 de mayo de 1997, *D. c. Reino Unido*; de 11 de julio de 2000, *Jabari c. Turquía*; de 10 de febrero de 2004, *Naoumenko c. Ucrania* y de 12 de marzo de 2003, *Öcalan c. Turquía.*

[1102] En este sentido, véase DUGARD, J. y VAN DEN WYNGAERT, CH., «*Reconciling Extradition with Human Rights*», *American Journal of International Law*, vol. 92, núm. 2, 1998, p. 195 y 187-212.

[1103] Véanse las STEDH de 17 de enero de 2012, *Harkins y Edwars c. Reino Unido* y la Decisión sobre admisibilidad del TEDH de 3 de julio de 2001, *Nivette c. Francia*.

[1104] STEDH de 11 de julio de 2000, *Jabari c. Turquía*, párr. 41: «El Tribunal no se encuentra persuadido de que la situación en el país de origen de la demandante haya cambiado, de manera que ahora no se considere el adulterio como una conducta ofensiva y que debe ser reprimida de conformidad con la ley islámica. Ha tomado nota de informes recientes sobre la situación de Irán y observa que la sanción del adulterio mediante lapidación todavía se encuentra contemplada en la ley y puede ser aplicada por las autoridades».

[1105] BURGORGUE-LARSEN, L., «La Corte Europea de los Derechos Humanos y el Derecho penal», *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XXI, p. 350.

Por otra parte, el TEDH ha defendido que ni la imposición de una cadena perpetua ni el ingreso en una prisión de máxima seguridad suponen, por sí solas, una violación del artículo 3[1106]. Sí lo sería, en cambio, en el supuesto de que la legislación interna no contemple la posibilidad de reducción o revisión de la cadena perpetua, tal y como afirmó en el asunto *Trabelsi c. Bélgica*, sobre un demandante que fue extraditado a los Estados Unidos y procesado por pertenecer a Al-Qaeda con el riesgo de ser condenado a cadena perpetua. El Tribunal consideró que legislación estadounidense no permitía ninguna posibilidad real de revisión de la pena, considerando que la sentencia a cadena perpetua del demandante no era revisable y, por tanto, su extradición a EEUU violaba el art. 3[1107].

4. Otras condiciones que determinan responsabilidad del Estado expulsor

Por otro lado, el Tribunal considera también responsable al Estado en caso de expulsar a una familia a otro Estado sin obtener garantías de que en él se van a hacer cargo en condiciones adecuadas, entendiendo que esta «falta de responsabilidad» vulneraría el art. 3 del Convenio. Así lo afirmó en la Sentencia del asunto *Tarakhel c. Suiza*, relativa a una familia de afganos que huye de Italia a Suiza, donde solicitan asilo sin que le sea concedido, de forma que se ordena su expulsión de vuelta a Italia. El Tribunal consideró que trasladar a los demandantes de vuelta a Italia sin que las autoridades suizas hubieran obtenido previamente de las autoridades italianas garantías individuales de que se harían cargo de ellos en condiciones adecuadas para las edades de los niños y las niñas, supone una vulneración del artículo 3 del Convenio[1108].

Del mismo modo, como hemos apuntado previamente, no basta una situación de violencia generalizada contra determinadas comunidades dentro de un país para apreciar que la devolución o expulsión de uno de sus miembros a esa nación pudiera constituir una vulneración del artículo 3 del CEDH[1109]. No obstante, en los últimos años, el Tribunal de Estrasburgo parece sostener que, cuando se constate la existencia de un cuadro de violencia persistente contra un grupo determinado en la región de un país, el mero hecho de pertenecer a ese grupo constituye un elemento suficiente para evitar la expulsión. En este sentido, resulta paradigmática la STEDH dictada en el caso *Salah Sheekh c. Países*

[1106] Véanse las SSTEDH de 10 de abril de 2012, *Babar Ahmad y otros c. Reino Unido*, págs. 166 y ss. y de 17 de enero de 2012, *Harkins y Edwars c. Reino Unido,* págs. 132 y ss.
[1107] STEDH de 4 de septiembre de 2014, *Trabelsi c. Reino Unido*, párr. 138.
[1108] STEDH de 4 de noviembre de 2014, *Tarakhel c. Suiza*, párr. 122.
[1109] STEDH de 20 de junio de 2017, *M.O. c. Suiza*, págs. 70-71. En dicho asunto, el Tribunal de Estrasburgo consideró que la situación general de los derechos humanos en Eritrea no impedía la expulsión del demandante *per se*. Por consiguiente, considerando que, en aquellos supuestos en que se constate un cuadro de violencia general en el país de destino, son las circunstancias personales del demandante las que deben determinar si éste corre el riesgo de ser tratado de forma contraria al artículo 3 del CEDH, el Tribunal llegó a la conclusión de que no se había infringido en tal caso el citado precepto.

Bajos[1110], que concluyó que la expulsión del demandante, perteneciente a una minoría somalí, a una región considerada como segura en Somalia, vulneraba el artículo 3 del CEDH, habida cuenta de que el interesado pertenecía a la minoría Asraf, que no disponía de protección en otros grupos.

Finalmente, vamos a señalar otro de los motivos de trato inhumano contrario al artículo 3 del Convenio, cual es el no poder acceder a presentar un recurso frente una orden de expulsión, tal y como consideró el TEDH en el caso *Gebremedhin c. Francia*, en el que un ciudadano eritreo no tuvo acceso en la «zona de espera» de un aeropuerto francés a un recurso con carácter suspensivo. El Tribunal entendió que el demandante no dispuso de un «recurso efectivo» para poder defender su queja en base al artículo 3 del Convenio[1111].

Considerando que las garantías procedimentales que contempla el artículo 1 del Protocolo n.º 7 al CEDH son aplicables solo al extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado, el artículo 13 CEDH adquiere especial importancia[1112], al ofrecer a los extranjeros garantías procesales frente a expulsiones o devoluciones arbitrarias en todas sus formas[1113]. El TEDH entiende que un recurso es efectivo cuando permite aplazar la ejecución de la expulsión, especialmente, en los casos en los que la ejecución de la resolución pudiera producir daños irreversibles, como son los casos en los que la persona expulsada pudiera ver peligrar su derecho a la vida (artículo 2 CEDH) o el derecho a no ser sometido a torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 3 CEDH)[1114]. Incluso el TEDH entiende que los motivos de seguridad nacional, a los que seguidamente nos vamos a referir, no pueden alegarse para justificar la denegación del efecto suspensivo en casos donde la expulsión o devolución supondría exponer al afectado a tratos contrarios al 3 CEDH, tal como expuso en el asunto *M. y otros c. Bulgaria*[1115].

[1110] Véanse las conclusiones de la STEDH de 11 de enero de 2007, *Salah Sheekh c. Países Bajos.*
[1111] STEDH de 26 de abril de 2007, *Gebremedhin c. Francia*, párr. 67.
[1112] El Comité de Ministros del Consejo de Europa, en su Recomendación n.º R (98) 13, sobre el derecho de los solicitantes de asilo rechazados a la tutela judicial efectiva contra las decisiones de expulsión en el contexto del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 18 de septiembre de 1998, reconoció el derecho a un recurso efectivo de conformidad con el artículo 13 de la Convención para los solicitantes de asilo cuya petición ha sido rechazada y que alegan fundadamente que serán víctimas de malos tratos prohibidos por el artículo 3 CEDH una vez que la decisión de expulsión se ejecute.
[1113] LAMBERT, H., «La situation des étrangers au regard de la Convention Européenne des droits de l'homme», *Dossiers sur les droits de l'homme*, núm. 8, Ediciones del Consejo de Europa, Estrasburgo, 2001, pp. 39-40; y WOUTERS, C.W., *International Legal Standards*…, *op. cit*., pp. 331-341.
[1114] Como ejemplos, véanse las SSTEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, párr. 293 y de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, párs. 197- 207.
[1115] STEDH, de 26 de julio de 2011, *M. y otros c. Bulgaria*, párs. 128-129.

5. Amenaza contra la seguridad nacional: opositores políticos, miembros de organizaciones ilegales y personas acusadas de terrorismo

El TEDH ha defendido como punto de partida que los Estados deben poder, en el marco de la lucha contra el terrorismo, expulsar a los no nacionales que consideren como una amenaza para la seguridad nacional[1116]. Sin embargo, la lucha contra el terrorismo no puede ser a toda costa, ni a través de cualquier medio, incluyendo la expulsión de cualquier manera de extranjeros que puedan representar una amenaza[1117]. En estos supuestos, el Tribunal no tiene por tarea comprobar si una determinada persona constituye o no efectivamente tal amenaza, sino solo asegurar que su deportación es compatible con los derechos garantizados por el Convenio[1118].

Aquí, el comportamiento de la víctima es indiferente, por muy «peligrosa o indeseable que esta sea», ya que la protección que otorga este precepto, como hemos señalado previamente, es absoluta e inderogable, por lo que, si la expulsión contraviene el CEDH, no sería legítima. Así lo señaló en el famoso asunto *Daoudi c. Francia*, en el que el Tribunal concluyó que la ejecución de la decisión de expulsar al Sr. Daoudi (acusado de pertenecer a una organización terrorista) a Argelia podría constituir una violación del artículo 3 del CEDH[1119]. Línea argumental consecuente, además, con los puntos IV y XII de las Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre los derechos humanos y la lucha contra el terrorismo, adoptadas el 11 de julio de 2002[1120].

El carácter absoluto de este derecho, incluyendo los supuestos de peligro para el país por pertenencia a organizaciones terroristas de la víctima en cuestión, se hace especialmente evidente en estos supuestos de amenaza para la seguridad nacional, como reitera el TEDH en otro famoso asunto, *Saadi c. Italia*[1121]. El Sr. Saadi, de nacionalidad tunecina, presentó una demanda contra la orden de deportación a Túnez decretada por el

---

[1116] Véase, entre otras, las SSTEDH de 28 de mayo de 1985, *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*, y de 21 de octubre de 1997, *Boujlifa c. Francia*, párr. 42.

[1117] Véase el Voto razonado concurrente de los jueces Myjer y Zagrebelskys, en el citado asunto *Saadi c. Italia*: «*States are not allowed to combat international terrorism at all costs. They must not resort to methods which undermine the very values they seek to protect. And this applies the more to those »absolute« rights from which no derogation may be made even in times of emergency (Article 15). During a high-level seminar on Protecting human rights while fighting terrorism (Strasbourg, 13-14 June 2005), the former French Minister of Justice Robert Badinter rightly spoke of a dual threat which terrorism poses for human rights: a direct threat posed by acts of terrorism; and an indirect threat because anti-terror measures themselves risk violating human rights. Upholding human rights in the fight against terrorism is first and foremost a matter of upholding our values, even with regard to those who may seek to destroy them. There is nothing more counterproductive than to fight fire with fire, to give terrorists the perfect pretext for martyrdom and for accusing democracies of using double standards. Such a course of action would only serve to create fertile breeding grounds for further radicalisation and the recruitment of future terrorists*».

[1118] Véase también la STEDH de 6 de noviembre de 2008, *Ismoïlov y otros c. Rusia*, párr. 126.

[1119] STEDH de 3 de diciembre de 2007, *Daoudi c. Francia*, párr. 62.

[1120] CONSEJO DE EUROPA, *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on human rights and the fight against terrorism*, H (2002) 4, 11 de julio de 2002.

[1121] STEDH de 28 de febrero de 2008, *Saadi c. Italia*, párs. 138-139.

Gobierno italiano, al ser acusado de pertenencia a una organización responsable de dar apoyo logístico y financiero a personas integradas en células islamistas en Italia y en otros países[1122]. Italia se basaba para ello en la Ley sobre Medidas Urgentes para Combatir el Terrorismo Internacional, de 27 de Julio de 2005 («Ley Pisanu»), por la cual toda persona sospechosa de terrorismo puede ser expulsada o devuelta sin haber sido acusada ni juzgada[1123]. A pesar de todo, la Gran Sala concluyó que, existiendo pruebas veraces de que el demandado corría un riesgo real de ser torturado en su nación de origen, el Estado demandando tenía la obligación de no deportar a la víctima, en función de lo dispuesto en el artículo 3 de CEDH. Tanto Italia como Reino Unido (que, en aplicación del artículo 36.2 CEDH, actuó como tercero interviniente) solicitaron a la Gran Sala que en los supuestos de terrorismo debería ser sopesado el riesgo de tortura o malos tratos en relación con el peligro concreto que el individuo representa para el Estado. Sin embargo, tal afirmación no despistó al Tribunal, al proclamar la aplicabilidad de este precepto para todo individuo al margen de sus actos o el peligro que represente[1124].

Asimismo, en el asunto *Chahal c. Reino Unido* aclaraba que el deber de los Estados de combatir los actos de terrorismo cuando las personas sospechosas de participar o poder participar en el futuro en dichos actos son no nacionales residentes en su territorio, no puede afrontarse mediante la simple expulsión o devolución[1125].

[1122] Este tipo de expulsiones podría guardar un paralelismo con el asunto de las entregas extraordinarias después de los atentados del 11 de septiembre de 2001. En el marco de la guerra contra el terrorismo internacional, la Agencia Central de Inteligencia (CIA) de los Estados Unidos de América, parece presuntamente implicada en un programa desarrollado a escala mundial de «entregas extraordinarias» o lo que es lo mismo, la detención y traslado ilegal de personas —a juicio de los Estados Unidos de América y de la citada agencia, presuntos terroristas—de un país a otro u otros con el riesgo de su sometimiento a tortura o tratos inhumanos y degradantes a los efectos de obtener de los mismos información válida en la lucha contra el terror, cuestión que ha saltado a la luz por múltiples informaciones aparecidas en prensa así como por investigaciones desarrolladas por organizaciones no gubernamentales o por órganos de organismos internacionales. Véase CONDE PÉREZ, E., «TEDH, Sentencia de 28.02.2008, Saadi c. Italia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 32, enero/abril 2009, pp. 275-290.

[1123] «La Ley de medidas urgentes para combatir el terrorismo, permitía dictar y ejecutar órdenes de expulsión contra migrantes, tanto regulares como irregulares, y carecía de protección efectiva contra la devolución de personas a países donde pudieran sufrir persecución u otras violaciones graves de derechos humanos. La Ley no exigía que la persona expulsada hubiera sido declarada culpable o acusada de un delito relacionado con el terrorismo. En sus observaciones finales, publicadas el 18 de mayo, el CAT recomendó a Italia que cumpliese plenamente el art. 3 de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en relación con la devolución, mostrando preocupación por la citada Ley». *Cfr*. AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe 2008: el estado de los derechos humanos en el mundo*, EDAI, 2008, p. 233.

[1124] Véase también en la STDEH de 26 de julio de 2005, *N. c. Finlandia*, párr. 159 y en la STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, párr. 79.

[1125] STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, párr. 139. La demanda es presentada por dos ciudadanos de nacionalidad hindú, el Sr. Karamjit Singh Chahal y la Sra. Darshan Kaur Chahal, y sus vástagos de nacionalidad británica, la Sra. Kiranpreet Kaur Chahal y el Sr. Bikaramjit Singh Chahal. Los hechos se remontan al año 1984, cuando el Sr. Chahal realizó un viaje con su familia a la región india de Punjab, conocida como la patria sij por los separatistas de esta religión. En el transcurrir de dicho periplo, el Sr. Chahal se convirtió a la religión sij. De vuelta en Reino Unido, llevó a cabo una intensa actividad política y religiosa relacionada con la defensa de la causa sij. En 1985, el Sr. Chahal fue detenido como sospechoso de formar parte de una conspiración para terminar con la vida del primer ministro hindú, Rajiv

La no expulsión o no devolución de un individuo, inclusive bajo la presunción de haber cometido actos terroristas, es un principio fundamental de la protección de los derechos humanos cuando se vulnere el principio reconocido en el artículo 3, tal y como recordó el Tribunal en el caso *N. c. Finlandia*[1126]. Aquí, el demandante, sospechoso de haber cometido actos ilícitos en Finlandia, alegaba que su expulsión a la República Democrática del Congo le expondría al riesgo de sufrir torturas o tratos, inhumanos o degradantes dadas sus implicaciones políticas en el país de origen. Entendiendo que se habían demostrado razones sustanciales para determinar que se enfrentaría a un riesgo previsible, cierto y real de ser sometido a tratos proscritos por el artículo 3 del CEDH en caso de ser expulsado, se determinó la responsabilidad del Estado por proceder a dicha expulsión[1127].

El TEDH también se ha pronunciado en casos de expulsiones de extranjeros que ven peligrar su integridad física en el país de origen por su pertenencia o militancia en determinados grupos políticos o, incluso, solo por sus opiniones políticas. Así se pronunció en el asunto *Y.P y L.P. c. Francia*, condenando la devolución de un opositor político y de su familia a Bielorrusia por violación del artículo 3, puesto que el TEDH entendió que el paso del tiempo no disminuía automáticamente el riesgo al que el demandante y sus allegados estuvieran expuestos en Bielorrusia a acciones contrarias a este precepto, añadiendo que la situación sigue siendo preocupante, particularmente por el hostigamiento a la oposición[1128].

Igualmente, en el asunto *Iskandarov c. Rusia*, el demandante, uno de los antiguos jefes de la oposición tayika, se quejaba de haber sido detenido ilegalmente y trasladado a

---

Gandhi, en una visita oficial a Inglaterra, acusación de la que fue redimido por falta de pruebas. Ese año se decretó por el Gobierno británico orden de expulsión contra el demandante por amenaza a la seguridad nacional. Consecuentemente, la petición de asilo presentada por el nacional hindú fue rechazada pues, según alegó el Reino Unido, los arts. 32 y 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 vedaban la posibilidad de que se beneficiara de la protección concedida por la norma, debido al riesgo que representaba para el país.

[1126] STDEH de 26 de julio de 2005, *N. c. Finlandia*, págs. 163 a 167.

[1127] Otros asuntos similares que podemos recordar son la STEDH de 12 de abril de 2005, *Chamaïev y otros c. Georgia y Rusia* (violación del artículo 3 si se ejecutara la medida de extradición de la que es objeto el Sr. Guélogaïev por razón de ser un rebelde terrorista que había tomado parte en el conflicto de Chechenia); la STEDH de 18 de febrero de 2010, *Baysakov y otros c. Ucrania* (violación del artículo 3 en caso de extradición de unos opositores kazajos a su país de origen, por estimar el TEDH que las garantías dadas por las autoridades kazajas no eran fiables y que sería difícil cerciorarse de su cumplimiento en ausencia de un ordenamiento eficaz para la prevención de la tortura); la STEDH de 1 de abril de 2010, *Klein c. Rusia* (en este caso, la extradición desde Rusia a Colombia de un «mercenario» israelí, condenado penalmente, sería contraria al artículo 3. El TEDH tiene en cuenta los informes presentados por fuentes internacionales sobre Colombia, las declaraciones del vicepresidente colombiano respecto del demandante, y las garantías, vagas, dadas por las autoridades colombianas); la STEDH de 20 de mayo de 2010, *Khaydarov c. Rusia* (la extradición del demandante, buscado por terrorismo por las autoridades tras la guerra civil, en el Tayikistán se haría en violación del artículo 3) o la STEDH de 12 de mayo de 2010, *Khodzhayev c. Rusia*.

[1128] Véase la STEDH de 2 de septiembre de 2010, *Y.P y L.P. c. Francia*, págs. 62 a 67. Obsérvese que la Sentencia es de 2010, y la situación diez años después no ha evolucionado en gran medida en este sentido

Tayikistán y, en consecuencia, haber sido maltratado y procesado en razón de sus opiniones políticas[1129]. El Tribunal apreció violación del artículo 3, incluso sin haber sido posible determinar si el demandante había padecido efectivamente malos tratos en Tayikistán, ya que las características particulares de su perfil y de su situación deberían haber posibilitado a las autoridades rusas el prever que correría el riesgo de ser maltratado por las autoridades de su país de origen[1130].

Finalmente, vamos a destacar el asunto *K.I. c. Francia*, ya que se reafirma el valor absoluto de la protección del art. 3 del Convenio, de manera que cualquier consideración sobre la peligrosidad del demandante resulta irrelevante a la hora de valorar el posible riesgo de ser sometido a un trato contrario al art. 3 en caso de materializarse la expulsión, debiendo los tribunales realizar una valoración completa y *ex nunc* de las circunstancias concurrentes al momento de decidir sobre la expulsión, incluso considerando que la expulsión se refiera a una persona condenada por terrorismo[1131]. Igualmente, se aborda la interacción entre el art. 3 del Convenio, el derecho de la UE y el Convenio de Ginebra de 1951. Otra de sus novedades es que, por primera vez, el TEDH se pronuncia sobre la distinción entre el status de refugiado y la condición de refugiado de acuerdo a la definición internacional, además de recordar que ni el Convenio ni sus Protocolos reconocen como tal el derecho de asilo.

En esta ocasión, el demandante era un ciudadano ruso de origen checheno que llegó a Francia, donde se le reconoció el status de refugiado. En 2015 fue condenado por actos terroristas y, tras su condena, las autoridades francesas decidieron expulsarlo a Rusia. En 2016, Francia le retira el status de refugiado con base en la normativa francesa que trasponía la Directiva europea 2011/95/UE, considerando que suponía un peligro para la sociedad francesa.

En la impugnación de su status de refugiado, el demandante invocó la jurisprudencia del TJUE[1132], según la cual la revocación del status de refugiado no implica que la persona deje de ostentar la cualidad de refugiada a efectos del Convenio de Ginebra de 1951 y, por tanto, mientras siga cumpliendo las condiciones para ser considerado refugiado de acuerdo a la definición internacional, seguirá estando protegido frente a la devolución a su país de origen. Los tribunales franceses desestimaron sus recursos, pero consideraron que continuaba siendo refugiado de acuerdo con la definición internacional. Sin embargo, el TEDH consideró que los tribunales franceses no valoraron suficientemente el riesgo al que se exponía el demandante al ser expulsado a Rusia, por

[1129] Véase la STEDH de 24 de diciembre de 2004, *Iskandarov c. Rusia*.
[1130] TEDH, *Ficha temática: Expulsiones y extradiciones*, julio de 2013, pp. 2 a 4.
[1131] STEDH de 15 de abril de 2021, *K. I. c. Francia,* párr. 141.
[1132] Véase la STJUE de 14 de mayo de 2019, asuntos acumulados C-391/16, C-77/17 y C-78/17, *M y otros (Revocación del estatuto de refugiado)*.

lo que concluyó que la expulsión vulneraba el art. 3, puesto que –y este fue el aspecto clave– no se había realizado una valoración completa y *ex nunc* de los riesgos a los que se exponía el demandante de sufrir tortura por parte de Rusia por su parentesco con personas relacionadas con la guerrilla chechena y su negativa a colaborar con las autoridades[1133].

Conviene destacar que, además de ser la primera Sentencia del TEDH sobre la expulsión a Rusia de una persona de origen checheno, la vulneración constatada se refirió únicamente al aspecto procesal del art. 3. Por ello, no quedó descartada la posibilidad de que las autoridades francesas hubieran podido alcanzar la misma decisión de expulsión sin vulnerar el art. 3 del Convenio en caso de haber llevado a cabo una valoración completa y *ex nunc* de las circunstancias del demandante[1134].

6. Responsabilidad del Estado y actores no estatales

A pesar de que tradicionalmente el Tribunal y la Comisión han considerado denuncias de riesgos causados por las autoridades estatales, la naturaleza absoluta de la prohibición y el deber de proteger a los individuos puede acarrear la responsabilidad del Estado incluso cuando el riesgo procede de otros agentes que no sean las autoridades estatales. Uno de los casos más emblemáticos fue *HLR c. Francia*, donde un colombiano condenado por un delito relacionado con las drogas y que iba a ser deportado por Francia a Colombia, denunció que si esto sucedía se vería expuesto a actos de venganza por parte de los narcotraficantes que lo habían reclutado. Si bien el Tribunal determinó que no existía una violación del artículo 3 en este caso, entendió que el riesgo de maltrato podía proceder de actores privados y no necesariamente de las propias autoridades del Estado, afirmando que «debido al carácter absoluto del derecho garantizado, el Tribunal no descarta la posibilidad de que el artículo 3 del Convenio también se aplique al peligro que emane de personas o de grupos de personas que no son oficiales públicos»[1135].

La persecución por parte de milicias en el Estado al que se expulsa también ha sido considerada como violación del art. 3. Así, en *Sufi y Elmi c. Reino Unido*, los demandantes alegaban que su retorno a Somalia los expondría a un riesgo real de malos tratos[1136]. El Sr. Sufi, miembro de un clan minoritario, los Reer Hamar, decía haber sido perseguido y herido de gravedad por la milicia Hawiye, la cual habría también matado a su padre y a su hermana. El Sr. Elmi, que llegó al Reino Unido a la edad de 19 años, decía

[1133] STEDH de 15 de abril de 2021, *K. I. c. Francia,* págs. 141-146.
[1134] URIZARBARRENA PÉREZ, X., «Crónica de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 69, enero-abril 2021, pp. 769-792.
[1135] STEDH de 29 de abril de 1997, *H.L.R c. Francia*, párr. 40. Véase también la STEDH de 11 de enero de 2007, *Salah Sheekh c. Países Bajos.*
[1136] Véase la STEDH de 28 de junio de 2011, *Sufi y Elmi c. Reino Unido.*

que se le consideraría como occidentalizado y anti islámico en Somalia y que, si se llegara a conocer su toxicomanía y sus condenas por robo, se arriesgaría a ser amputado, azotado en público o muerto. Por todo ello, el TEDH estimó la violación del artículo 3 en caso de ser expulsado a Somalia.

Es preciso que el riesgo sea real y que las autoridades del Estado receptor no puedan evitar el riesgo a través de una protección adecuada. Así, en *M.E. c. Francia* relativo a una cristiana copta de Egipto que había huido de las persecuciones religiosas en su país para pedir asilo en Francia, el TEDH valoró que el riesgo de persecución provenía de los fundamentalistas islámicos y, dada la falta de respuesta por parte de las autoridades policiales egipcias ante las quejas de los cristianos coptos, se dudaba que las autoridades fueran a dar una protección efectiva a la demandante, por lo que la expulsión a Egipto supondría una violación del artículo 3 del CEDH[1137].

En este contexto, cabe incluir también la violencia de género, en ocasiones determinadas y excepcionales, cuando el Estado al que se expulsa no puede o no quiere otorgar protección efectiva ante el riesgo de persecución por actores privados. Así en *N. c. Suecia* existía riesgo especial de violencia conyugal en caso de expulsión a Afganistán, país donde, según los informes, alrededor de un 80 % de las mujeres afganas son víctimas de violencia doméstica considerada legítima por las autoridades y a cuyos autores, por tanto, no se persigue judicialmente[1138]. Por todo ello, el TEDH entendió que la expulsión a este país de la demandante constituía una violación del artículo 3 del CEDH.

Otra práctica que puede suponer una vulneración del art. 3 por actores privados es la mutilación genital femenina. La prohibición de expulsión a países con estas prácticas depende de si el país en cuestión está llevando a cabo o no medidas legislativas para ponerles fin[1139]. En el asunto *Izevbekhai y otros c. Irlanda,* la demanda atañía a una madre y a sus dos hijas, alegando aquella que su expulsión a Nigeria exponía a las niñas al riesgo de mutilación genital femenina[1140]. Sin embargo, considerando los pasos de Nigeria, al firmar el protocolo de compromiso para legislar con el fin de erradicar este tipo de prácticas, y que la condición social de los padres les permitía proteger a sus hijas de la mutilación sexual en caso de retorno a Nigeria, la demanda fue inadmitida ya que no se pudo demostrar riesgo real y concreto de trato contrario al art. 3[1141].

[1137] STEDH de 6 de junio de 2013, *M.E. c. Francia*, págs. 50 a 53.

[1138] Véanse la STEDH de 20 de junio de 2010, *N. c. Suecia*, págs. 55, 56 y 62 y, en general, la STEDH de 15 de junio de 2010, *Ahmadpour c. Turquía*.

[1139] Véase, por ejemplo, la STEDH de 7 de junio de 2016, *R.B.A.B. y otros c. Países Bajos*.

[1140] Decisión sobre admisibilidad del TEDH de 17 de mayo de 2001, *Izevbekhai y otros c. Irlanda,* págs. 74 y 75.

[1141] Véase también la Decisión sobre admisibilidad del TEDH de 8 de marzo de 2007, *Collins y Akaziebe c. Suecia* (en este caso la demanda fue inadmitida, al no haber demostrado las demandantes que corrían un riesgo real y concreto de sufrir una mutilación genital si retornaban a Nigeria) y la Decisión sobre admisibilidad del TEDH de 20 de septiembre de 2011, *Omeredo c. Austria* (la demanda también fue

Esta responsabilidad del Estado por parte de acciones procedentes de agentes privados es otra de las diferencias respecto a la posición del CAT, que considera, por regla general, la posibilidad de daños infligidos por agentes ajenos al Gobierno, sin el consentimiento o aquiescencia de este, como un aspecto que rebasa la protección del art. 3 del Convenio[1142].

7. Las garantías diplomáticas como mecanismo de protección

Tal y como hemos apuntado anteriormente, uno de los aspectos que el TEDH analiza para saber si un demandante estaría expuesto a un riesgo real de malos tratos en el país al que va a ser expulsado, es la situación general en materia de derechos humanos en ese país. Cuando el Estado de acogida ha proporcionado garantías de respeto, normalmente garantías diplomáticas, estas constituyen un factor adicional que se tiene en cuenta. Sin embargo, las garantías diplomáticas no son, en sí mismas, suficientes para garantizar una protección adecuada contra el riesgo de malos tratos, por lo que, además de valorar en cada caso las circunstancias concretas, es imprescindible verificar si en su aplicación práctica prevén una garantía suficiente de que el demandante estará protegido contra el riesgo de malos tratos[1143].

Este tipo de garantías han sido definidas por ACNUR como «el compromiso del país receptor de que la persona en cuestión sea tratada de acuerdo con las condiciones establecidas por el país remitente o, en términos más generales, de conformidad con sus obligaciones de derechos humanos según el derecho internacional». Su uso ha sido muy frecuente en procesos de extradición en los que había pendiente una pena de muerte, cuando al Estado le preocupaba la imparcialidad de los procesos judiciales en el Estado receptor, o cuando existe cierto temor de que esa extradición pueda poner a la persona requerida en peligro de ser sometida a tortura u otra forma de maltrato.

En la actualidad, cada vez se está utilizando más en procesos para deportar a las personas cuando el Estado remitente sospecha que están involucradas en actividades de terrorismo o cuando son consideradas un riesgo para la seguridad nacional, incluso a países donde se ha reportado la práctica o la tolerancia de la tortura[1144]. Igualmente, cabe

---

inadmitida). Aun reconociendo la dificultad para una mujer no casada de vivir en Nigeria sin el sostén de su familia, el TEDH recuerda que unas circunstancias de vida menos favorables en Nigeria que en Austria no constituyen un criterio determinante con respecto al artículo 3.

[1142] Dictamen del CAT de 15 de mayo de 1998, *op.cit*., párr. 6.5.

[1143] Véase la STEDH de 17 de enero de 2012, *Othman c. Reino Unido*, págs. 186 y 187.

[1144] Véanse, por ejemplo, la Declaración del Día de los Derechos Humanos de ACNUDH, sobre terroristas y torturadores, de 7 de diciembre 2005; ACNUDH, *Informe de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, E/CN.4/2006/94, 16 de febrero 2006, págs. 9-10 y 18-20; COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, A/59/324, 1 de septiembre 2004, págs. 29-30*;* GOLDMAN, R./ACNUDH,

afirmar que no se elimina con ello el riesgo de tratos contrarios al art.3 del CEDH, debido, principalmente, a que en la propia naturaleza de las garantías diplomáticas no se prevén mecanismos de supervisión[1145].

En su Informe a la Asamblea General de la ONU del 1 de septiembre de 2004, el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, analizó el asunto de las garantías diplomáticas a la luz de las obligaciones de no devolución o expulsión inherentes a la prohibición absoluta e inderogable de tortura y otras formas de maltrato. Y al apuntar que se deberán tomar en cuenta todas las consideraciones pertinentes para poder determinar si existen motivos considerables para creer que la persona estará en peligro de ser sometida a tortura, el Relator Especial expresó que: «(…) en los casos donde exista un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos y práctica sistemática de la tortura, debe observarse estrictamente el principio de no devolución/expulsión y no debe recurrirse a las garantías diplomáticas»[1146].

En estos supuestos, son numerosas las denuncias realizadas desde distintos organismos de protección de los derechos humanos alegando que su uso es un intento de eludir la naturaleza absoluta de este principio. Especialmente, tras fracasos evidentes de las garantías diplomáticas, como en el caso de Ahmed Agiza[1147], donde el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, se pronunció en el mismo sentido de las opiniones más críticas diciendo que la

---

Informe del Experto Independiente sobre la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en lucha contra el terrorismo, E/CN.4/2005/103, 7 de febrero 2005, págs. 54-56. Véanse también COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos en Yemen* (CCPR/CO/84/YEM, 9 de agosto 2005, párr. 13) y *Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos en Canadá* (CCPR/C/CAN/CO/5, 2 de noviembre 2005); CAT, *Observaciones Finales y Comentarios sobre Canadá* (CAT/C/CR/34/CAN, 7 de julio 2005, párr. 4. b)) y *Observaciones Finales y Comentarios sobre Reino unido* (CAT/C/CR/33/3, 10 de diciembre 2004, párr. 4. d)).

[1145] COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Promoción y protección de los derechos humanos. La protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, E/CN.4/2006/94, 16 de febrero de 2016, párr. 56.

[1146] El Relator Especial recuerda la definición del Comité contra la Tortura en lo que respecta a la «práctica sistemática»: «hay práctica sistemática de la tortura cuando parece que los casos de la tortura notificados no son fortuitos ni se han producido en un solo lugar o en un momento concreto, y se observan en ellos elementos de hábito, generalidad y finalidad determinada por lo menos en una parte importante del territorio del país». «También observó que la tortura puede considerarse sistemática aún si esta no es la intención directa del gobierno, pero que resulta de factores que están fuera de su control» (párr. 36). Asimismo, en su Resolución sobre el Traslado de personas, E/CN.4/Sub.2/2005/L.12, del 4 de agosto de 2005, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos «confirma que cuando en un Estado determinado la tortura o los tratos crueles inhumanos o degradantes son generalizados o sistemáticos, en particular si cuando un órgano de vigilancia de un tratado de derechos humanos o un procedimiento especial de la Comisión de Derechos Humanos han determinado la existencia de esa práctica, existe la presunción de que cualquier persona sujeta a un traslado correría el riesgo real de verse sometida a ese trato, y recomienda que, en esas circunstancias, no se abandone la presunción a pesar de cualquier garantía, promesa o compromiso de las autoridades del Estado al que se ha trasladar a la persona» (párr. 4).

[1147] Véase, en general, Dictamen del CAT de 24 de mayo de 2005, *op.cit*.

práctica de las garantías diplomáticas no es más que un intento «de eludir la prohibición absoluta de la tortura y la devolución»[1148].

Con independencia de estas consideraciones, y dado que no todos los Estados y circunstancias son iguales, el TEDH ha desarrollado una base jurisprudencial propia sobre la evaluación de las garantías diplomáticas como condición para proceder a la expulsión de un extranjero en caso de riesgo de vulneración del precepto. Si bien se entiende que no eliminan por sí solas el riesgo de tratos contrarios al art. 3, al menos tratan de establecer un equilibrio entre la protección de los derechos del extranjero objeto de expulsión y la soberanía del Estado expulsor.

Para ello, el Tribunal valora, en primer lugar, la calidad de las garantías ofrecidas para el caso concreto y, a la luz de las prácticas del Estado de acogida, evalúa su fiabilidad. Al hacerlo, tiene en cuenta lo siguiente:

a) Que los términos de las garantías le hayan sido comunicadas o no. Así, en el asunto *Ryabikin c. Rusia*, el Tribunal consideró que la garantía no era suficiente al no disponer de una copia de la carta donde, según alegaba el gobierno ruso, el Fiscal General de Turkmenistán ofrecía garantías de que el demandante no sería sometido a tortura o cualesquiera otros malos tratos en ese país[1149].
b) El carácter, bien sea preciso, o general y vago, de las garantías diplomáticas. En *Khaydarov c. Rusia*, respecto de las garantías ofrecidas por el Fiscal General de Tayikistán, el Tribunal consideró que no constituía garantía suficiente del Estado alegar la ratificación de los tratados de protección de los derechos humanos[1150].
c) El autor de las garantías y su capacidad, o no, de comprometer al Estado de acogida. Por ejemplo, en el asunto *Harkins y Edwars c. Reino Unido*, el TEDH consideró válidas las garantías ofrecidas por Estados Unidos de que no solicitaría la pena de muerte para los acusados, adjuntando una orden del juez encargado del caso y una declaración de la Fiscalía[1151].

[1148] Véanse NOWAK, M., *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura, Manfred Nowak*, E/CN.4/2006/6, 16 de diciembre de 2005, párrafo 32; NOWAK, M., *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak: Misión a Dinamarca*, A/HRC/10/44/Add.2, 18 de febrero de 2009, párr. 68.

[1149] Véanse las SSTEDH de 19 de junio de 2008, *Riabikine c. Rusia*, párr. 119 y de 11 de diciembre de 2008, *Mouminov c. Rusia*, párr. 97; así como la Decisión del CAT de 1 de mayo de 2007, *op.cit*., párr. 150.

[1150] Véanse las SSTEDH, de 28 de febrero de 2008, *Saadi c. Italia*; de 1 abril de 2010, *Klein c. Rusia*, párr. 55 y de 20 de mayo de 2010, *Khaydarov c. Rusia*, párr. 111.

[1151] Véase la STEDH de 17 de enero de 2012, *Harkins y Edwars c. Reino Unido*. Véanse también, la STEDH de 12 de abril de 2005, *Chamaïev y otros c. Georgia y Rusia*, párr. 344, Decisión sobre admisibilidad del TEDH de 4 de julio de 2006, *Kordian c. Turquía*; Decisión sobre admisibilidad del TEDH de 9 de mayo de 2006, *Salem c. Portugal*, y, a contrario, STEDH de 24 de febrero de 2009, *Ben Khemais c. Italia*, párr. 59; STEDH de 10 de junio de 2010, *Garayev c. Azerbaiyán*, párr. 74; STEDH de 18 de febrero de 2010, *Baysakov y otros c. Ucrania*, párr. 51 y STEDH de 23 de octubre de 2008, *Soldatenko c. Ucrania*, párr. 73.

d) En los casos en que las garantías diplomáticas hayan sido ofrecidas por el Gobierno central del Estado de acogida, la probabilidad de que las autoridades locales las cumplan[1152].

e) El carácter legal o ilegal en el Estado de acogida de los tratamientos respecto de los cuales las garantías diplomáticas han sido dadas[1153].

f) Que procedan, o no, de un Estado parte[1154].

g) La duración y la fuerza de las relaciones bilaterales entre el Estado de envío y el Estado de acogida, incluida la actitud anterior del Estado de acogida frente a garantías similares[1155].

h) La posibilidad, o no, de verificar objetivamente el cumplimiento de las garantías ofrecidas mediante mecanismos diplomáticos u otros mecanismos de control, incluida la posibilidad ilimitada de reunirse con los abogados del demandante[1156].

i) La existencia, o no, de un verdadero sistema de protección contra la tortura en el Estado de acogida y la voluntad de este Estado de cooperar con los mecanismos internacionales de control, de investigar las denuncias de tortura y de sancionar a los autores de tales actos[1157].

j) Que el autor haya, o no, sido maltratado en el Estado de acogida, o incluso si el demandante ha interpuesto alguna denuncia o si ha aportado pruebas de haber sido maltratado en el Estado de destino, así como si se trata de una persona conocida o con relevancia pública o si ha participado de manera activa en actividades terroristas o criminales[1158].

[1152] STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, págs. 105-107.

[1153] Véanse las SSTEDH de 30 de marzo de 2010, *Cipriani c. Italia*; de 18 de septiembre de 2006, *Saudi c. España*; de 15 de marzo de 2001, *Ismaili c. Alemania*; la Decisión sobre admisibilidad del TEDH de 3 de julio de 2001, *Nivette c. Francia*; la Decisión del TEDH de 16 de octubre de 2001, *Einhorn c. Francia*. Véanse también las decisiones adoptadas, respectivamente, por el Tribunal Supremo y el Tribunal Federal del Canadá en los asuntos *Suresh y Sing* (págs. 152 y 154).

[1154] Decisión sobre admisibilidad del TEDH de 14 de septiembre de 2010, *Chentiev y Ibraguimov c. Eslovaquia* y Decisión sobre admisibilidad del TEDH de 17 de febrero de 2009, *Gasayev c. España*.

[1155] Decisión sobre la admisibilidad del TEDH de 8 de julio de 2010, págs. 107-108 y Decisión sobre la admisibilidad del TEDH de 20 de febrero de 2007, *Al-Moayad*, párr. 68.

[1156] Véanse las ya citadas Decisiones sobre admisibilidad del TEDH en los asuntos *Chentiev y Ibraguimov c. Eslovaquia* y *Gasayev c. España* y, al contrario, las SSTEDH de 24 de febrero de 2009, *Ben Khemais c. Italia*, párr. 61 y STEDH de 19 de junio de 2008, *Riabikine c. Rusia*, párr. 119, de 17 de junio de 2010, *Kolesnik c. Rusia*, párr. 73; véanse también el Dictamen del CAT de 24 de mayo de 2005, *op.cit*. y la Decisión del CAT de 1 de mayo de 2007, *op.cit*., págs. 147-150 y la Decisión del Comité de Derechos Humanos de 25 de octubre de 2006, comunicación n.º 1416/2005, *Mohammed Alzery c. Suecia.*

[1157] SSTEDH de 24 de febrero de 2009, *Ben Khemais c. Italia*, apartados 59-60; de 23 de octubre de 2008, *Soldatenko c. Ucrania*, párr. 73; de 10 de diciembre de 2009, *Koktysh c. Ucrania*, párr. 63.

[1158] STEDH de 10 de diciembre de 2009, *Koktysh c. Ucrania*, párr. 64. En los ya citados asuntos *Chahal c. Reino Unido* o *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*, el TEDH entendió que la notoriedad de los demandantes elevaba el riesgo de que fueran sometidos a torturas o tratos inhumanos o degradantes prohibidos por el artículo 3 CEDH.

k) El examen o la ausencia de examen por los Tribunales internos del Estado de partida/del Estado parte de la fiabilidad de las garantías diplomáticas[1159].

En general, lo que pretende el TEDH con este tipo de garantías es lograr un equilibrio entre la salvaguarda de los DDHH del extranjero que va a ser objeto de expulsión y la soberanía del Estado expulsor[1160].

C. Principales diferencias entre la protección que otorga el CEDH frente a la expulsión de extranjeros y la protección del principio de «no devolución» de los refugiados según la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951

A pesar de que el principio de *non refoulement* no fue recogido explícitamente en el articulado del CEDH, que tampoco incorpora ninguna mención expresa al derecho de asilo ni al refugio[1161], tal circunstancia no ha impedido que, en la práctica, el TEDH haya reconocido y defendido este derecho a no «ser devuelto»[1162], protegiendo a cualquier individuo –lo que incluye al solicitante de protección internacional– frente al riesgo de violación de sus derechos más fundamentales, como el derecho a la vida o la prohibición de tortura o tratos inhumanos y degradantes. En todo caso, y tal y como recuerda Trujillo Herrera, los solicitantes de asilo o refugio pueden hacer valer sus derechos ante el TEDH frente a la expulsión dictada por un determinado Estado, siempre que este sea Parte del CEDH y reconozca la personalidad jurídica de los individuos frente al mismo[1163].

[1159] Véanse la Decisión sobre admisibilidad del TEDH de 17 de febrero de 2009, *Gasayev c. España*; la STEDH de 10 de abril de 2012, *Babar Ahmad y otros c. Reino Unido*, párr. 106 y la Decisión sobre la admisibilidad del TEDH de 20 de febrero de 2007, *Al-Moayad*, págs. 66-69.

[1160] SOLER GARCÍA, C., *Los límites a la expulsión de extranjeros ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 206.

[1161] El TEDH ha defendido de manera contundente que «ni la Convención ni sus protocolos confieren el derecho de asilo político». Véase la STEDH, de 28 de febrero de 2008, *Saadi c. Italia*, párr. 124. Asimismo, véanse las SSTEDH, de 30 de octubre de 1991, *Vilvarajah y otros c. Reino Unido*, párr. 102; de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, párr. 73 y de 17 de diciembre de 1996, *Ahmed c. Austria*, párr. 38.

[1162] El art. 3 CEDH, de modo semejante y a pesar de que no menciona expresamente el principio de *non refoulement*, ha sido interpretado por el TEDH en el sentido de imponer una prohibición frente al *refoulement*. Asimismo, el art. 2 y el citado art. 3 CEDH, que recogen el derecho a la vida y la prohibición de la tortura respectivamente, han sido igualmente interpretados por el TEDH en el sentido de cubrir también situaciones en las que la salida forzosa de un extranjero del territorio de un Estado parte tenga como resultado el riesgo para la vida o la integridad física del individuo. El TEDH ha manifestado expresamente que la protección del Convenio en estos casos es mayor que la de la Convención de Ginebra de 1951. En este sentido véanse, entre otras, las SSTEDH de 7 de julio de 1989, *Soering c. el Reino Unido*, párr. 88; de 20 de marzo de 1991, *Cruz Varas y otros c. Suecia*, párr. 69; de 30 octubre de 1991, *Vilvarajah c. el Reino Unido*, págs. 73-74 y 79-81; de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. el Reino Unido*, párr. 69; de 27 de noviembre de 1996, *Ahmed c. Austria*, págs. 39-40 y de 7 de marzo de 2000, *T.I. c. el Reino Unido*, p. 211.

[1163] TRUJILLO HERRERA, R., *La Unión Europea y el Derecho de asilo*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 151.

Desde nuestro punto de vista, la protección que abarca el CEDH frente al retorno forzoso sería más amplia que la que ofrecen los instrumentos que protegen al refugiado, previstos solo para los solicitantes de protección internacional, mientras que la no devolución o expulsión a la que nos referimos a la luz del art. 3 del CEDH abarcaría la no expulsión tanto de los solicitantes de protección internacional como la de aquellos que no lo son, pero que pueden verse afectados por el riesgo de tortura o tratos inhumanos o degradantes.

Otra de las grandes diferencias con respecto a la protección que otorga la aplicación del principio de *non refoulement* regulada en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 radica en la relevancia de la conducta y las características del individuo, que no se contempla en la protección que otorga el CEDH. Así, el artículo 33.2 de la Convención de 1951 excluye de la aplicación de este principio al refugiado que es considerado un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que constituye una amenaza para la comunidad de tal país. Como este punto lo desarrollamos en el capítulo correspondiente, nos remitimos al mismo para su mayor análisis referido a los solicitantes de protección internacional.

Los primeros pronunciamientos sobre vulneración del art. 3 del CEDH se produjeron en los años sesenta ante la Comisión Europea de Derechos Humanos –que como señalamos previamente, precede al TEDH–, haciendo referencia al principio de *non refoulement* por primera vez en el marco regional europeo[1164]. Sin embargo, las primeras sentencias del TEDH que tuvieron en cuenta la situación específica de los demandantes de asilo como eventuales víctimas de una violación del art. 3 CEDH fueron posteriores. Podemos recordar las Sentencias de 17 de diciembre de 1996, en el *asunto Ahmed c. Austria*; de 6 de marzo de 2001, en el asunto *Hilal c. Reino Unido* y de 26 de julio de 2005, en el asunto *N. c. Finlandia*, contemplando la protección general, no solamente de los refugiados y solicitantes de asilo, sino de todo sujeto bajo la jurisdicción del Estado, con independencia además de si ha realizado actos que puedan poner en peligro el orden y la seguridad.

Así, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en una Recomendación de 2005, se refirió expresamente al artículo 3 CEDH para recordar que las personas excluidas

[1164] Las primeras en abordar esta cuestión fueron las jurisdicciones internas, en particular, la jurisdicción alemana en una Sentencia de 28 de septiembre de 1960. En este sentido, el Tribunal Administrativo Superior de Berlín afirmaba que: *«[a]ux termes de l'article 3 de la Convention, nul ne peut être soumis à des traitements inhumains. L´expulsion pourrait être assimilée à un tel traitement si le requérant avait été condamné à mort en Tchécoslovaquie ou était susceptible de l'être ou encore si la peine privative de liberté qu'il peut encourir était hors de proportion avec celle généralement appliquée dans le pays occidentaux (…)»*. (*Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, núm. 3, 1960, p. 639).

del Estatuto de refugiado continúan siendo protegidas por esta disposición, precisando que:

«*Eu égard à leur caractère absolu, les droits reconnus par l'article 3 ne peuvent faire l'objet d'aucune exception ou restriction au nom de l'intérêt général ni d'aucune dérogation, même en temps de guerre ou d'autres situations de crise. En conséquence, un individu qui a été exclu de la protection de la Convention de 1951 restera néanmoins toujours protégé contre l'expulsion vers un pays où il risque d'être maltraité, au sens de l'article 3*»[1165].

La tercera de las diferencias es que el CEDH se aplica con independencia de su situación administrativa, es decir, de si está en situación irregular o no, al contrario de la protección que otorga la Convención de 1951. Por ello, es posible que no se reconozca la condición de refugiado a una persona y sea expulsada de manera legítima conforme a la Convención de Ginebra, pero que, al mismo tiempo, se esté vulnerando, con dicha expulsión, el artículo 3 de la CEDH[1166]. Así podemos citar el caso *Bader y otros c. Suecia*, donde una familia kurda, procedente de Siria, solicita refugio en Suecia, que no es concedido por entender que los kurdos en Siria no están en situación merecedora de asilo. Uno de los demandantes alega que, de ser devuelto a Siria, sería ejecutada la pena de muerte decretada contra él en un juicio *in absentia* en el que fue condenó como cómplice de asesinato[1167]. El Tribunal señala que el Gobierno sueco no obtuvo garantía alguna de las autoridades sirias de que el asunto del demandante sería reabierto, entendiendo que la pena de muerte impuesta al primer demandante tras un juicio injusto, provocaría inevitablemente en los demandantes un miedo y angustia adicionales con respecto a su futuro si se veían forzados a regresar a Siria[1168]. Ante la posibilidad real de que la sentencia fuera ejecutada en dicho país, el Tribunal consideró que se había producido una vulneración de los artículos 2 (derecho a la vida) y 3 del CEDH[1169].

La última de las diferencias entre ambos modos de protección frente al retorno forzoso hace referencia a que bajo el paraguas de la protección del art. 3 del CEDH se cobijan también los casos de extradición, supuesto que quedó al margen artículo 33.1 de

---

[1165] Recomendación Rec(2005)6 del Comité de Ministros a los Estados miembros, «sobre la exclusión del estatuto de refugiado en el contexto del artículo 1 F de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados», de 23 de marzo de 2005. Esta Recomendación fue adoptada a raíz de los atentados del 11 de septiembre de 2001. Anteriormente, en 1995, el Consejo de la UE fue más preciso en esta cuestión y recordó a los Estados miembros, en el marco de una resolución sobre las garantías mínimas para los procedimientos de asilo, el respeto integral del principio de no devolución. *Cfr*. Resolución del Consejo de la UE, de 20 junio de 1995, sobre las garantías mínimas para los procedimientos de asilo (DOCE, n.º C 274, de 19 de septiembre de 1996, pp. 0013-0017).

[1166] SOLER GARCÍA, C., *Los límites a la expulsión de extranjeros…*, *op.cit.*, pp. 155-160.

[1167] Véase la STEDH de 8 de noviembre de 2005, *Bader y otros c. Suecia.*

[1168] Véanse, entre otras, la STEDH de 4 de febrero de 2005, *Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, párr. 76 y la STEDH de 7 de julio de 1989, *Soering c. Reino Unido*, págs. 97-98.

[1169] Véase, asimismo, la STEDH de 12 de marzo de 2003, *Öcalan c. Turquía*, párr. 169.

la Convención de Ginebra de 1951, que finalmente optó por dejarlo bajo decisión de la soberanía del Estado ejercida a través de acuerdos bilaterales o multilaterales.

D. Otras formas de protección frente a la expulsión: la reubicación y las medidas cautelares

1. Reubicación

A raíz del artículo 3 del CEDH surgió el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, que entró en vigor en 1989. El organismo regional europeo encargado del control en la lucha contra la tortura sería el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CEPT). El CEPT no es un organismo de investigación, pero proporciona la estructura preventiva no judicial para proteger a las personas privadas de libertad contra la tortura y otras formas de malos tratos. Así pues, complementa la labor judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el caso de España, su labor se traslada al Defensor del Pueblo (ya que actúa como Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura en España). Otros instrumentos que contienen consideraciones similares son el Convenio Europeo de Extradición, de 13 de diciembre de 1957[1170] y el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo, de 27 de enero de 1977[1171].

Aunque más referido a los solicitantes de protección internacional, cabe citar también el Acuerdo Europeo sobre la Transferencia de Responsabilidad con respecto a los Refugiados, de 16 de octubre de 1980 (art. 13) y el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos, adoptada el 16 de mayo de 2005 (art.

[1170] Según el art. 3.2, no se concederá la extradición «si la Parte requerida tuviere razones fundadas para creer que la solicitud de extradición motivada por un delito de naturaleza común, se ha presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas o que la situación de dicha persona corre el riesgo de verse agravada por una u otra de tales consideraciones». Asimismo, el art. 21.6 establece que «el tránsito de la persona entregada no se efectuará a través de un territorio en el que hubiere motivo para creer que su vida o su libertad podrían verse amenazadas a causa de su raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas». Al respecto, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en su Recomendación R (1981), sobre la armonización de procedimientos nacionales en materia de asilo, adoptada el 5 de noviembre de 1981, llamaba la atención a los gobiernos de los Estados parte para que, a la hora de aplicar su legislación y su práctica administrativa a una demanda de asilo y resolver sobre la misma, lo hiciesen de forma imparcial y objetiva, respetando además la obligación de no devolución.

[1171] Véase el art. 5: «Ninguna disposición del presente Convenio debe ser interpretada como que implica una obligación de entregar si el Estado requerido tiene serias razones para creer que la solicitud de extradición motivada por una infracción considerada en el artículo 1 o 2 haya sido presentada al objeto de perseguir o castigar a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas o cuando la situación de dicha persona corra el riesgo de agravarse por una u otra de estas razones».

40)[1172], que señalan expresamente la debida observación de las obligaciones adquiridas por los Estados en virtud de la Convención de Ginebra de 1951, de su Protocolo Adicional de 1967 y del principio de *non refoulement* contenido en ellos a la hora de ser aplicados por estos; así como el artículo 61 del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica, adoptado el 11 de mayo de 2011, que señala expresamente el respeto de este principio en caso de solicitudes de asilo basadas en el género.

Finalmente, cabe citar la Resolución (67)14, de 29 de junio de 1967, sobre el Asilo de Personas Amenazadas de Persecución, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa:

«*Le Comité des Ministres (...) recommande aux gouvernements nombres de s'inspirer des principes suivantes: 1. Ils devraient faire preuve d'un esprit particulièrement libéral et humanitaire à l'égard des personnes qui cherchent asile sur leurs territoires; 2. Ils devraient, dans ce même esprit, assurer qu'aucune personne ne fasse l'objet d' un refus d' admission à la frontière, d'un refoulement, d'une expulsion ou de toute autre mesure qui aurait pour effet de l'obliger à retourner ou à demeurer dans un territoire où elle serait menacée de persécution de fait de sa race , de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques; 3. Dans le cas où, afin de sauvegarder la sécurité nationale ou de protéger la communauté contre des dangers graves, un gouvernement membre envisagerait de prendre des mesures qui seraient susceptibles, d'avoir un tel effet, il devrait accorder à la personne qui en ferait* l'objet, *dans toute la mesure du possible et selon les conditions qu'il juge appropriées, la faculté de se rendre dans un autre pays que celui où elle serait menacée de persécution*».

[1172] Teniendo presentes las siguientes recomendaciones del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa: Recomendación n.º R (91)11, sobre la explotación sexual, la pornografía, la prostitución y la trata de niños y de jóvenes; Recomendación n.º R (97)13, sobre la intimidación de testigos y los derechos de la defensa; Recomendación n.º R (2000)11, sobre la lucha contra la trata de seres humanos para la explotación sexual; Recomendación Rec (2001)16, sobre la protección de los niños contra la explotación sexual; Recomendación Rec (2002)5, sobre la protección de las mujeres contra la violencia. Asimismo, teniendo presentes las siguientes recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa: Recomendación 1325 (1997), relativa a la trata de mujeres y a la prostitución forzosa en los Estados miembros del Consejo de Europa; Recomendación 1450 (2000), sobre la violencia contra las mujeres en Europa; Recomendación 1610 (2003), sobre las migraciones vinculadas a la trata de mujeres y a la prostitución; Recomendación 1611 (2003), sobre el tráfico de órganos en Europa; Recomendación 1663 (2004), sobre esclavitud doméstica: servidumbre, *au pairs* y esposas adquiridas por correspondencia. Por último, teniendo presentes la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos; la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, sobre el estatuto de las víctimas en los procedimientos penales y la Directiva del Consejo de la Unión Europea, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes.

2. Las medidas cautelares: el caso del Reino Unido y las deportaciones a Ruanda

Debido a lo reciente del supuesto, vamos a comenzar exponiendo este caso para analizar las medidas cautelares como medio de protección frente a expulsiones de extranjeros en determinadas circunstancias relacionadas con el objeto de estudio de este Capítulo. Así, el 13 de junio de 2022, el TEDH recibía una solicitud de medida cautelar urgente en virtud de lo establecido en el artículo 39 del Reglamento del Tribunal, para que, en el caso de *K.N contra el Reino Unido*, se frenase una decisión del Gobierno británico de deportar a un solicitante de asilo[1173]. Con ello, se acudía a la Corte como salvaguarda *in extremis* para que, sin entrar a prejuzgar ninguna decisión sobre la admisibilidad o sobre el fondo del asunto, valorase simplemente si el demandante, un nacional iraquí solicitante de asilo, se enfrentaba a un riesgo real de daño irreversible en caso de que el gobierno británico adoptase la medida, recientemente aprobada, consistente en la deportación a Ruanda mientras se resolvía definitivamente su recurso sobre la denegación de asilo.

Se acude así a una «vía indirecta», como son las medidas cautelares, para enderezar los renglones que ponen en peligro la preservación de los derechos humanos, a la espera de la resolución judicial definitiva, garantizando así su eficacia y evitando que su cumplimiento se vea comprometido[1174]. Las «vías directas» que garantizan y protegen estos derechos en caso de expulsión serían el artículo 2 del Convenio, que garantiza el derecho a la vida, y el artículo 3, que prohíbe la tortura y los tratos o penas inhumanas o degradantes. En virtud de estos preceptos nadie puede ser devuelto a un lugar donde corra un riesgo real de ser sometido a un trato contrario a cualquiera de estas disposiciones. Esto es lo que en estos dos últimos capítulos venimos desarrollando, conocido como el principio de no devolución o *non refoulement*[1175].

Por otro lado, estos preceptos del Convenio también prohíben la «devolución indirecta», esto es, una expulsión a un Estado desde donde los migrantes pueden ser deportados hacia otro Estado sin poder beneficiarse de un examen adecuado de su situación, lo que en el ámbito de la Unión Europea se aplica en relación al Reglamento de Dublín[1176].

[1173] Véase la solicitud n.º 28774/22.

[1174] Véanse, a este respecto, WHATTHÉE, S., *Les mesures provisoires devant la Cour européenne des droits de l'homme: La protection préventive des droits conventionnels en puissance?,* Anthemis, Bruselas, 2017, pp. 31 y ss.; CAMERON, A.M., *Provisional Measures before International Courts and Tribunals*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Nueva York, 2017, pp. 1 y ss.; CHINCHILLA, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa,* Civitas, Madrid, 1991.

[1175] Por ejemplo, en la Sentencia de 28 de junio de 2011, *Sufi y Elmi c. Reino Unido*, el TEDH declaró que la expulsión de dos demandantes a Somalia constituiría una violación del artículo 3, debido a la crisis humanitaria y la violencia indiscriminada existente en Mogadiscio.

[1176] STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*.

Asimismo, el artículo 3 del Convenio requiere que los Estados de acogida proporcionen un alojamiento y condiciones materiales dignas a los solicitantes de asilo que se encuentran en situación de pobreza y que dependen por completo de la asistencia del Estado. Algo que, por un lado, no sería posible exigir en el caso de Ruanda ya que no es miembro del Convenio, pero por otro, sí podría alegarse frente a Reino Unido[1177] ya que el Estado de acogida «externalizado» no cumple las condiciones mínimas exigidas. Recordemos que en *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* el Tribunal declaró que Grecia no había respetado las obligaciones impuestas por el artículo 3, ya que no había garantizado condiciones de acogida adecuadas al demandante mientras su procedimiento de asilo se encontraba pendiente[1178].

Por tanto, no estaría en juego solamente garantizar la efectividad de la resolución judicial definitiva, que versa en este caso sobre una materia en puridad, tal y como hemos visto, al margen del Convenio Europeo de Derechos Humanos, cual es el derecho de asilo, cuya decisión de fondo no sería tarea del Tribunal. Todo ello, sin perjuicio de recordar que en el derecho internacional está más que asentado que los Estados tienen la potestad para determinar qué solicitantes tienen derecho a la protección internacional en sus territorios. Pero tampoco hay que olvidar que, al ejercer el control de sus fronteras, los Estados –en este caso, miembros del Consejo de Europa– deben actuar, entre otras, de conformidad con las normas del CEDH y con los principios derivados de la extensa jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, con el fin de garantizar el respeto de los derechos humanos de los solicitantes de asilo[1179].

La trascendencia del caso de K.N radica en que está en juego la preservación de los derechos fundamentales de la parte demandante, a través de un medio como son las medidas cautelares, que frenan una situación que puede devenir irreversible[1180]. Además, cabría valorar la legalidad de la decisión británica de externalizar la gestión de una parte de su política de asilo hacia un país con dudosa reputación en el ámbito del respeto a los derechos humanos. Recordemos que el Gobierno británico había suscrito el 13 de abril

[1177] Según las cifras de Refugee Council, el 70 % de las personas que llegaron a las costas británicas en 2021 provenían de cinco países: Irán, Irak, Sudán, Siria y Vietnam, además de Afganistán o Yemen. Y de ellos el 98 % acaban solicitando asilo, y del total, solo el 61 % acaba logrando dicho reconocimiento.

[1178] Los elementos que llevaron al Tribunal a esta conclusión fueron: en primer lugar, el grave hacinamiento y las inadecuadas condiciones sanitarias del centro de acogida para migrantes en el que el demandante fue detenido inicialmente. En segundo lugar, el hecho de que, después de su puesta en libertad, el hombre vivió durante muchos meses en un parque, en un estado de extrema pobreza y sin poder satisfacer sus necesidades más básicas. Y, en tercer lugar, el hecho de que la situación del demandante se agravó aún más debido a su miedo constante a ser atacado y robado, y a que no había ninguna perspectiva de mejora de su situación.

[1179] Véanse las SSTEDH de 28 de mayo de 1985, *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido,* párr. 67 y de 28 de febrero de 2008, *Saadi c. Italia*, párs. 124-125.

[1180] Véanse, entre otras, las SSTEDH de 5 de abril de 2011, *Toumi c. Italia*, párr.70 y de 24 de febrero de 2009, *Ben Khemais c. Italia*, párr. 82.

de 2022 un acuerdo para la gestión de los demandantes de asilo rechazados, conocida como «vía Ruanda». Dicho acuerdo consiste en delegar la recepción de aquellos extranjeros que cruzando el canal de la Mancha lleguen al Reino Unido y no se les conceda inicialmente el asilo, a cambio de un pago al país africano de más de 140 millones de euros.

Es preciso subrayar que esta vía fue puesta en práctica en el caso del demandante, con independencia del supuesto alegado de huida de su país de origen, Irak, por temor a sufrir torturas, sin valorar el análisis médico que mostraba heridas y marcas compatibles con tales tratos, ni tampoco la nula relación del demandante con Ruanda, país que, por otro lado, se encuentra a 6.000 kilómetros del Reino Unido y que además está fuera del espacio legal del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El supuesto referido tiene su origen en la solicitud de asilo del demandante K.N, quien, a su llegada al Reino Unido, formaliza su solicitud de asilo ante las autoridades británicas, que le comunican la inadmisibilidad de su solicitud, así como la intención de reubicarlo en Ruanda. Poco después, un médico del Centro de Expulsión de Inmigrantes emitió un informe indicando que el solicitante podría haber sido víctima de tortura. Sin embargo, se inadmite su solicitud de asilo, acudiendo entonces al Tribunal Superior que se negó a conceder la solicitud de medidas provisionales al demandante[1181].

En el ámbito del CEDH, es preciso recordar que, aunque el artículo 6 y los derechos procesales que contempla garantizan el derecho a un proceso equitativo, no sería aplicable en este caso, ya que estaría al margen de los procedimientos de asilo o de expulsión. Sin embargo, el artículo 13 del Convenio, que garantiza el derecho a un recurso efectivo, sí sería de aplicación. Ello sin olvidar que el artículo 13 no es una disposición autónoma, ya que solo puede ser invocado si el solicitante también tiene una queja válida con respecto a otra disposición del Convenio, como, por ejemplo, una queja en relación al riesgo de malos tratos contrarios al artículo 3. Este derecho al recurso efectivo implica que las personas deben disponer de la información adecuada sobre el procedimiento de asilo que tienen que seguir[1182], lo que puede suponer la puesta a disposición de intérpretes y el acceso a la asistencia legal. Así, ha declarado el Tribunal que «el conjunto de recursos que ofrece la legislación interna puede satisfacer las exigencias del artículo 13, aun cuando alguno de ellos no responda a las mismas por sí solo»[1183].

[1181] Cabe recordar los antecedentes con los que cuenta el Reino Unido en este tipo de decisiones, así en el caso de *M contra el Ministerio del Interior* en 1991 un solicitante de asilo fue deportado a Zaire, en contra de una orden judicial. Cuando los funcionarios se dieron cuenta de su error y trataron de traerlo de regreso, M había desaparecido.

[1182] STEDH de 22 de septiembre de 2009, *Abdolkhani y Karimnia c. Turquía.*

[1183] STEDH de 26 de abril de 2007, *Gebremedhin c. Francia*.

Por tanto, un recurso efectivo debe estar disponible tanto en la legislación como en la práctica[1184]. La autoridad nacional competente no tiene que ser necesariamente judicial, pero sí debe ser independiente y llevar a cabo un análisis de la solicitud de asilo detallado, riguroso y debe examinar el fondo del caso[1185]. Igualmente, se presta especial atención a la rapidez del recurso, ya que la eficacia del mismo puede quedar reducida por largos retrasos y dilaciones excesivas[1186].

Por otro lado, un plazo excesivamente corto para presentar una demanda, como, por ejemplo, en el contexto de los procedimientos acelerados de asilo, puede perjudicar el ejercicio y la efectividad del recurso. Así, por ejemplo, en un caso relativo a la expulsión de Francia de un ciudadano sudanés, el Tribunal declaró que un plazo de cinco días para presentar una solicitud de asilo inicial y un plazo de 48 horas para impugnar la decisión de expulsión eran demasiado cortos[1187].

Finalmente, y de especial trascendencia en este caso, puesto que entendemos que no se ha respetado, es el hecho de que el artículo 13 también requiere que el recurso tenga efecto suspensivo automático, es decir, que la expulsión prevista se aplace hasta que se adopte la decisión final[1188]. La mera posibilidad de solicitar el efecto suspensivo o de que un recurso tenga tal efecto solo en la práctica no es suficiente, sino que debe aplicarse efectivamente dicho efecto[1189].

A pesar de todo, y tras haber sido rechazada en el caso actual la petición por el Tribunal de Apelación, K.N se enfrentaba a la expulsión inminente, junto con unas 130 personas en situación irregular; aunque tras numerosas demandas, la cifra se redujo a unos 11 pasajeros, entre los que figuraban cuatro iraníes, dos iraquíes, dos albaneses y un sirio. Además, el Tribunal de Apelación británico rechazó la petición de suspender el vuelo hasta que el Tribunal Supremo de Reino Unido se pronunciara sobre la constitucionalidad de la nueva política de migración.

Habría sido bastante simple para el gobierno posponer el vuelo hasta que no se celebrara la audiencia prevista para el mes de julio, a menos que el gobierno estuviera buscando precisamente un enfrentamiento con el Tribunal Europeo, así como las consecuencias políticas que tal situación podrían generar, para aprovecharlas a su favor. Especialmente, considerando que las recientes medidas migratorias adoptadas se basan

[1184] STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*.
[1185] STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido.*
[1186] STEDH de 30 de junio de 2011, *De Souza Ribeiro c. Francia*.
[1187] Véase la STEDH de 2 de febrero de 2012, *I.M. c. Francia*.
[1188] Véanse la STEDH de 5 de febrero de 2002, *Čonka c. Bélgica* y la STEDH de 26 de abril de 2007, *Gebremedhin c. Francia*.
[1189] STEDH de 26 de abril de 2007, *Gebremedhin c. Francia*.

principalmente en asegurar que, en su mayoría, se trata de inmigrantes «económicos»[1190], con el peso que ello supone para la economía y el empleo británico, cargando de nuevo contra los manidos argumentos frente a la política migratoria europea, ignorando la realidad de aceptar las llegadas de solicitantes de protección internacional.

Esta política británica actual y las recientes medidas puestas en práctica tienen por finalidad subsanar un modelo de gestión fallido, tras prometer en 2016 que con el Brexit recuperarían el control de las fronteras, algo que no se ha logrado, reabriendo el debate culpabilizador hacia la inmigración, para evitar así ahondar en la errónea gestión migratoria, con políticas de asilo insuficientes, como muestran los resultados de las medidas adoptadas frente a los 29.000 migrantes que intentaron alcanzar Reino Unido en 2021. La respuesta del gobierno solo se ha centrado en endurecer las medidas y planea incluso la adopción de una Ley de Nacionalidad y Fronteras que definirá como delito el intento deliberado de entrar ilegalmente en el Reino Unido.

El problema puede acentuarse, ya que otros países se están dejando llevar por el ejemplo británico. Así, Dinamarca va a adoptar medidas parecidas: enviar a los solicitantes de asilo a centros fuera de la Unión Europea, en concreto, a Egipto, Eritrea, Etiopía o Ruanda, países que, por otro lado, no figuran entre los más garantistas con los derechos humanos. Esta externalización, sin embargo, no es propiedad de algunos países, ya que sigue la estela iniciada por la propia Unión Europea cuando en 2016, ante los miles de refugiados que dejaba la guerra en Siria, firmó un pacto con Turquía para gestionar la situación a cambio de 6.000 millones de euros, medida que, a su vez, copiaba el modelo australiano, país que lleva años enviando a los inmigrantes a islas del Pacífico como si se tratara de penados que cumplieran su castigo fuera de sus fronteras. Algo que en nuestro país existió y se conocía como la «pena de extrañamiento».

3. Las medidas cautelares como freno a la expulsión de extranjeros

Como respuesta a la situación del caso planteado, se acude al TEDH a través de un remedio *in extremis*, ya que se trata de una vía que, sin ser la más adecuada para apuntalar con firmeza la defensa de los derechos –en este caso, de los solicitantes de asilo–, ha resultado al menos efectiva, mostrando cómo los caminos de la justicia europea

[1190] El término «migrante» describe a la persona que se traslada de un lugar, región o país a otro. En cambio, «solicitante de asilo» se refiere a un migrante que busca protección internacional. En Europa, la protección internacional puede adoptar la forma de estatuto de refugiado o de protección subsidiaria, aunque el estatuto de refugiado se rige por la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. Se otorga por un Estado extranjero a una persona que tiene un temor fundado de ser perseguida en su país de origen debido a su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o por sus opiniones políticas. Si un Estado extranjero considera que un migrante debería ser protegido por motivos distintos a los previstos en la Convención de Ginebra, puede decidir otorgarle la protección subsidiaria en lugar de la condición de refugiado.

a veces se escriben rectos con renglones torcidos. Así, se acudió a la justicia cautelar ante el TEDH el 14 de junio de 2022, el mismo día en que estaba previsto el vuelo de deportación previsto por Reino Unido, logrando con ello paralizar la expulsión del solicitante de asilo iraquí, y evitando así su inminente deportación a Ruanda.

Igualmente, cabe destacar que, tal y como reconoce el propio Tribunal, con la decisión del Gobierno no solo se está ignorando el riesgo resultante de trato contrario a los derechos del solicitante en virtud del Convenio, sino también el hecho de que Ruanda está fuera del espacio legal de la Convención. Esto supone, entre otras cosas, que no está obligado a cumplir las previsiones del Convenio Europeo de Derechos Humanos, además de la ausencia de cualquier mecanismo exigible para el regreso del solicitante al Reino Unido en caso de que finalmente prosperase la impugnación de la decisión denegatoria del asilo ante los tribunales británicos.

Tal y como afirma el TEDH, esta medida cautelar viene a impedir la expulsión hasta que los tribunales nacionales hayan considerado en profundidad las circunstancias del caso, paralizando provisionalmente la deportación, e impidiendo que el demandante sea trasladado a Ruanda hasta tres semanas después de que se dicte la decisión nacional definitiva en su procedimiento de revisión judicial en curso. Sin embargo, no se trata de una medida aislada, ya que como supuestos similares más recientes cabe recordar otros dos casos que intentaron también frenar una deportación a través de una medida cautelar. Así encontramos los casos *RM c. RU* y *HN c. RU*, donde el Tribunal también decidió aplicar una medida provisional en virtud de la «Regla 39» para suspender una deportación[1191].

Llama la atención que la primera medida cautelar que adoptó el TEDH fuera precisamente contra una decisión del Reino Unido, en el famoso caso *Soering c. Reino Unid*o, de 7 de julio de 1989 y, de nuevo, sea contra el gobierno británico la última decisión de este tipo adoptada por el Tribunal hasta la fecha. Aunque el CEDH no haya atribuido en sus orígenes claramente al TEDH competencias para dictar medidas provisionales, esta laguna viene a solventarse con su Reglamento, cuando dispone vía artículo 39:

> «1. La Sala o, en su caso, el Presidente de la Sección o el Juez de guardia designado de conformidad con el apartado 4 del presente artículo podrán, ya sea a instancia de parte o de cualquier otra persona interesada, o de oficio, indicar a las partes cualquier medida cautelar que consideren deba ser adoptada en interés de las partes o del buen desarrollo del procedimiento.

[1191] Véanse los casos *R.M. c. Reino Unido* (solicitud n.º 29080/22) y *H.N. c. Reino Unido* (solicitud n.º 29084/22).

2. En su caso, el Comité de Ministros [del Consejo de Europa] será informado inmediatamente de las medidas adoptadas en un asunto.

3. La Sala o, en su caso, el Presidente de la Sección o el Juez de guardia designado de conformidad con el apartado 4 del presente artículo podrán solicitar a las partes que aporten información sobre cualquier cuestión relativa a la puesta en práctica de las medidas cautelares indicadas.

4. El presidente del TEDH podrá designar como Jueces de guardia a los Vicepresidentes de Sección para resolver sobre la solicitud de medidas cautelares».

A pesar de que lo primero que observamos es que no aparecen definidas en el precepto, las medidas cautelares son medidas de urgencia que, de acuerdo con la práctica del TEDH, solo se aplican cuando hay un riesgo inminente de daño irreparable en el marco del desarrollo del procedimiento ante el TEDH. Lo segundo que destacamos es que no siempre son aceptadas por el Tribunal[1192].

Por otro lado, tampoco prejuzgan las decisiones futuras sobre la admisibilidad o sobre el fondo de los asuntos en cuestión, pero sirven para evitar situaciones irreversibles. Así, por ejemplo, en el famoso caso *Mamatkulov y Askarov c. Turquía,* el Tribunal manifestó que la Regla 39 juega «un papel esencial a la hora de evitar situaciones irreversibles que impedirían al Tribunal examinar las solicitudes de manera adecuada y, en su caso, asegurar al solicitante que pueda disfrutar de manera práctica y efectiva de los derechos que garantiza la Convención»[1193].

Lo que parece quedar claro de la práctica ante el Tribunal es que las medidas provisionales pueden ser dictadas hasta que recaiga sentencia definitiva, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 del CEDH; a diferencia de las medidas adoptadas por otros organismos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que puede ordenarlas tras la sentencia de fondo, es decir, tras haber decidido el caso. Esta última opción difícilmente podría ser defendida en el caso del TEDH, ya que la vigilancia

[1192] El 29 de junio de 2004, el TEDH rechazó la solicitud de medidas provisionales solicitadas por Saddam Husseim, en el marco de la demanda individual deducida contra el Reino Unido. Se pedía al TEDH que prohibiera al Reino Unido colaborar de cualquier forma, por acción u omisión, con la entrega de Saddam Hussein al Gobierno provisional iraquí sobre la base de que no se habrían dado garantías de que no sería condenado a la pena capital. Como señala el Profesor García San José, el razonamiento mantenido en esta solicitud de medidas provisionales guarda semejanzas con el caso *Soering c. Reino Unido*. Véase GARCÍA SAN JOSÉ, D., «Resumen Anual de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Anuario de Derecho Europeo*, 2004. En el citado caso *Soreing* hay que hacer notar que el demandante también argumentó ante el TEDH que su extradición por parte del Reino Unido a Estados Unidos, en donde por los delitos que se le imputaban sería condenado a pena de muerte y, como consecuencia de ello, sufrir el síndrome de «corredor de la muerte» le exponía a un riesgo de ser tratado de forma incompatible con el artículo 3 del CEDH, de ahí que solicitara al TEDH que adoptara medidas provisionales para que el Reino Unido no procediera a su extradición.

[1193] STEDH de 4 de febrero de 2005, *Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, párr. 125.

de la ejecución es competencia del Comité de Ministros del Consejo de Europa (artículo 46. 2 del CEDH), por lo que tras la «sentencia definitiva» decaería la competencia del TEDH, salvo que se reserve la aplicación del artículo 41 para un momento posterior y no lo resuelva junto con el fondo del asunto[1194].

Por otro lado, y entrando en la eficacia de las mismas, aunque el TEDH inicialmente pareció inclinarse hacia la naturaleza no vinculante de las medidas del artículo 39[1195], lo cierto es que en la actualidad tal obligatoriedad queda clara, si bien no fue hasta el ya citado caso *Aoulmi c. Francia*, cuando el Tribunal empleó el adjetivo «vinculante» por vez primera. Igualmente, el Tribunal aclaró de forma terminante en el asunto *Olaechea Cahuas c. España* que la inobservancia de cualquier medida cautelar provoca una vulneración del art. 34 CEDH[1196], que exige a las partes no obstaculizar el ejercicio efectivo del derecho de un solicitante de acceder al Tribunal, ya que es necesario que los Estados proporcionen toda la ayuda necesaria para que se respeten los fines del Convenio. Ello con independencia de que, en un momento posterior, se confirmara que el riesgo que pretendía evitar no se había materializado o que el incumplimiento no había provocado que el demandante no pudiera continuar con el procedimiento ante el tribunal[1197].

Por tanto, si un Estado no respeta las medidas provisionales equivaldría a una violación del artículo 34 del CEDH[1198]. Además de atribuir competencias al TEDH para conocer de demandas individuales, el artículo 34 reconoce legitimación activa al particular que se considere víctima de una violación para poder presentar una demanda, por lo que se está reconociendo también el derecho de recurso ante el TEDH[1199].

[1194] SALADO OSUNA, A., *op. cit.* p. 194.

[1195] Véanse la Decisión sobre la admisibilidad del TEDH de 13 de marzo de 2001, *Conka c. Bélgica* y la STEDH de 20 de marzo de 1991, *Cruz Varas y otros c. Suecia*, párs. 102 y 103.

[1196] Véase la STEDH de 10 de agosto de 2006, *Olaechea Cahuas c. España* y DÍAZ GRECO, Mª, «¿Tomando la justicia cautelar en serio?: las medidas provisionales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, pp. 425-451.

[1197] Sobre el alcance de esta sentencia, véase HAECK, Y.; BURBANO HERRERA, C. y ZWAAK, L, «Non- compliance with a provisional measure automatically leads to a violation of the right to individual application…or doesn't it?», *European Constitutional Law Review*, vol. 4, 2008, p. 41-63.

[1198] Artículo 34 (demandas individuales) del Convenio: «El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, Organización No gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho».

[1199] ANDRÉS SAENZ DE SANTAMARÍA, M.P., «Consejo de Europa y Derechos Humanos: desarrollos recientes» en *Andorra en el ámbito jurídico europeo. XVI Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 215-264, en especial, pp. 248-258; SALADO OSUNA, A., «El Protocolo de Enmienda número 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos» y «Los Estados bálticos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos» en *Anuario de Derecho Europeo*, vol. 3, 2003, pp. 235-264 y pp. 955-956; SÁNCHEZ LEGIDO. A., *La reforma del mecanismo de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Colex, Madrid, 1995, pp. 227-232.

Igualmente, el recurso individual constituye la piedra angular del mecanismo de protección, de ahí que el TEDH haya sostenido que del artículo 34 «se deriva, por un lado, que un demandante tiene derecho al ejercicio eficaz de su derecho de recurso (...) y, por otro, que un demandante que invoca una violación del (...) Convenio tiene derecho a beneficiarse de un examen eficaz de la cuestión»[1200].

Por todo ello, el Tribunal considera que habría violación del artículo 34 si las autoridades de un Estado contratante no toman todas las medidas que pudieran razonablemente contemplarse para cumplir la medida indicada por el Tribunal[1201]. En consecuencia, entendemos que queda clara (especialmente desde el cambio de criterio que se produce a raíz del caso *Mamatkulov y A. c. Turquía*)[1202] la obligatoriedad del cumplimiento de las medidas provisionales. Igualmente, para cumplir esta obligación, el TEDH ha destacado que las medidas cautelares deben ser cumplidas de forma urgente y a la mayor brevedad[1203], calificando como incumplimiento también el retraso en su adopción[1204].

Ahora bien, el Estado que estime estar en posesión de elementos capaces de convencer al Tribunal para anular esta medida –esto es, para no cumplirla– puede hacerlo, pero debe informarle sobre ello[1205], ya que recae sobre él la responsabilidad de demostrar ante el Tribunal el cumplimiento de las medidas provisionales o, en casos excepcionales, la existencia de un impedimento objetivo para su incumplimiento. Especialmente, a partir del citado caso *Paladi c. Moldavia*, la jurisprudencia europea reconoce la posibilidad de que los Estados no cumplan con las medidas cautelares cuando prueben que alguna circunstancia objetiva les impidió hacerlo[1206]. En este caso, primero de los asuntos en los que se ha aplicado esta jurisprudencia, el TEDH entendió que no concurrían las circunstancias objetivas exigidas, en la medida en que el gobierno moldavo intentó justificar su cumplimiento tardío aduciendo que el retraso se había debido a que su agente recibió la comunicación oficial de la medida cautelar al día siguiente de su envío por el

[1200] STEDH de 4 de febrero de 2005, *Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, párr. 107.
[1201] Véase la STEDH de 10 marzo de 2009, *Paladi c. Moldova*, págs. 87-92.
[1202] Véanse la STEDH de 4 de febrero de 2005, *Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, párr. 105 y, *mutatis mutandi*, las SSTEDH de 18 de enero de 2001, *Chapman c. Reino Unido*, párr. 70 y de 11 de julio de 2002, *Christine Goodwin c. Reino Unido*, párr. 74.
[1203] Véase, entre otras, la STEDH de 7 de julio de 2009, *Grori c. Albania*, párr. 190.
[1204] SSTEDH de 22 de diciembre de 2008, *Aleksanyan c. Rusia;* de 10 de marzo de 2009, *Paladi c. Moldavia;* de 13 de julio de 2010, *D.B. c. Turquía.*
[1205] STEDH de 10 de marzo de 2009, *Paladi c. Moldavia;* págs. 90-92; de 10 de agosto de 2006, *Olaechea Cahuas c. España*, párr. 70; de 7 de julio de 2009, *Grori c. Albania*, págs. 181 y ss.
[1206] Véase la STEDH de 10 de marzo de 2009, *Paladi c. Moldavia,* párr. 92: *«It is for the respondent Government to demonstrate to the Court that the interim measure was complied with or, in an exceptional case, that there was an objective impediment which prevented compliance and that the Government took all reasonable steps to remove the impediment and to keep the Court informed about the situation»*. Además de los asuntos que se citarán en el cuerpo del texto, se aplica esta jurisprudencia en la STEDH de 13 de julio de 2010, *D.B. c. Turquía.*

TEDH. Ante ello, el Tribunal determinó que la inadecuada organización interna del Estado no podía considerarse una circunstancia objetiva que justificara el cumplimiento tardío de la medida cautelar[1207].

Como antecedente al caso británico con el comenzamos este epígrafe, cabe citar el caso *Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido*, en el que se alegaban otras obligaciones internacionales como causa para justificar el incumplimiento de las medidas cautelares por el Estado[1208]. El TEDH había adoptado una medida cautelar dirigida a impedir la transferencia de la custodia de los demandantes a las autoridades iraquíes, que podían imponer sobre ellos la condena a muerte por hechos cometidos durante la guerra de Irak. Las autoridades británicas incumplieron la medida tratando de justificar su actuación con base en las obligaciones internacionales que habrían asumido con el Estado iraquí. El TEDH desestimó las alegaciones señalando que los Estados parte del CEDH no deben asumir obligaciones internacionales contrarias a las derivadas del propio Convenio, por lo que rechazó que un compromiso internacional pudiera considerarse causa objetiva que justificara la falta de cumplimiento de una medida cautelar[1209].

Por ello, el Tribunal no considera como circunstancias objetivas que eximan a los Estados de la obligación de dar cumplimiento a las medidas cautelares aquellas que, de un modo u otro, dependen de la actuación de las propias autoridades estatales, bien porque asumen obligaciones normativas contrarias al CEDH, bien porque crean situaciones que les impiden de facto dar cumplimiento a tales medidas[1210].

Por el contrario, la jurisprudencia del TEDH sí parece identificar como circunstancias objetivas eximentes de la obligación que se impone a los Estados aquellas que son independientes del actuar de las autoridades estatales, como serían, por ejemplo, las ligadas al comportamiento del demandante, o a su estado físico. Así en, en el caso *Grori c. Albania*, el TEDH había ordenado a las autoridades albanesas que el demandante, gravemente enfermo, fuera trasladado a un hospital civil y se determinara el tratamiento a seguir, pero el demandante se negó al traslado, iniciando una huelga de hambre que

[1207] DÍAZ GRECO, Mª, «¿Tomando la justicia cautelar en serio…?», *op. cit.* p. 437.

[1208] Véase la STEDH de 2 de marzo de 2010, *Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido.*

[1209] De modo similar, en la Sentencia de 4 de septiembre de 2014, caso *Trabelsi c. Bélgica*, el TEDH rechazaba que las obligaciones internacionales asumidas por el Estado o la normativa interna, que determinaba la puesta en libertad del demandante y el consiguiente riesgo de fuga, pudieran ser motivos objetivos que justificaran el incumplimiento de una medida cautelar, máxime si el Estado no había siquiera tratado de buscar alternativas a la puesta en libertad.

[1210] En los casos *M.A* y *A.S. c. Francia*, de 1 de febrero de 2018 y 19 de abril de 2018, el TEDH rechazaba las alegaciones del Estado francés que señalaba la imposibilidad de cumplir la medida cautelar adoptada por el TEDH a fin de evitar la expulsión de ambos demandantes, ya que cuando fue notificada los dos se encontraban ya dentro del avión que los llevaría a su destino. En ambos casos, la decisión de expulsar había sido adoptada mucho antes de su notificación a los demandantes y que esa notificación se produjo apenas unas horas antes de que ambos fueran embarcados con destino a sus países de origen.

retrasó el cumplimiento de la medida cautelar[1211]. El TEDH vino a reconocer que el comportamiento del demandante u otras circunstancias objetivas, como su salud, podrían ser considerados elementos que justificaran un eventual incumplimiento de una medida cautelar. Junto a estas, otras circunstancias ajenas al comportamiento de las autoridades estatales podrían ser consideradas eximentes de la responsabilidad del Estado, aunque las autoridades estatales deberán demostrar que ese impedimento fue la causa del incumplimiento.

En definitiva, las medidas provisionales en el marco del sistema internacional de protección de derechos humanos, tienen por finalidad evitar un daño irreparable a la persona[1212], por lo que queda clara su base para fundamentar su carácter obligatorio, ya que en caso contrario su ineficacia equivaldría a falta de preservación de los derechos que pretende proteger. Algo que, por otro lado, ya se reconoce también en otros instrumentos internacionales, como el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, cuyo artículo 41 establece lo siguiente:

> «1. La Corte tendrá facultad para indicar, si considera que las circunstancias así lo exigen, las medidas provisionales que deban tomarse para resguardar los derechos de cada una de las partes.
>
> 2. Mientras se pronuncia el fallo, se notificarán inmediatamente a las partes y al Consejo de Seguridad las medidas indicadas».

Así, la Corte Internacional de Justicia ha adoptado medidas provisionales aduciendo que las mismas tienen por objeto preservar los derechos de las partes en litigio[1213] y presuponen que en un procedimiento judicial no se cause un daño irreparable que la Corte debe salvaguardar. Sin embargo, no fue hasta el 3 de marzo de 1999, a través de una Providencia, cuando la Corte Internacional de Justicia afirmó claramente el carácter obligatorio de las medidas provisionales, alegando el principio procesal consagrado en muchos acuerdos internacionales, según el cual «las partes en cuestión deben de abstenerse de cualquier acto susceptible de tener una repercusión perjudicial en

---

[1211] Véase la STEDH de 7 de julio de 2009, *Grori c. Albania.*

[1212] Así lo ha señalado la Corte Internacional de Justicia, entre otros, en el *asunto sobre Jurisdicción en Materia de Pesquerías (Reino Unido c. Islandia)* (*ICJ Reports* 1972, p. 16, párr. 2 1, y p. 34, párr. 22); *asunto del Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos en Teherán (Estados Unidos c. Irán)*, (*ICJ Reports* 1979, p. 19, párr. 36) y, más recientemente, en el *asunto sobre la Aplicación de la Convención contra el Genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Serbia-Montenegro)* (*ICJ Reports* 1993, p. 19, párr. 34, y p. 342, párr. 35).

[1213] Véase la Sentencia del CIJ de 27 de junio de 1986, *asunto sobre las Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos)*.

la ejecución de la resolución a producirse y, en general, no proceder a ningún acto, de la naturaleza que sea, que pudiera agravar o alargar el litigio»[1214].

Por su parte, El Reglamento del Comité de Derechos Humanos establece en su artículo 86:

«El Comité podrá, antes de transmitir sus opiniones sobre la comunicación al Estado interesado, informar a ese Estado de si estima conveniente la adopción de medidas provisionales para evitar un daño irreparable a la víctima de la violación alegada. En tal caso, el Comité informará al Estado Parte interesado de que tal expresión de su opinión sobre las medidas provisionales no implica ningún juicio sobre el fondo de la comunicación».

Entre las medidas que suele indicar se encuentran la no extradición o no ejecución al condenado de pena de muerte[1215].

Igualmente, el art. 108.9 del Reglamento del Comité contra la Tortura establece lo siguiente:

«En el curso del examen de la cuestión de la admisibilidad de una comunicación, el Comité o Grupo de Trabajo o un ponente designado en virtud del apartado 3 del artículo 106 del presente Reglamento podrá solicitar al Estado parte que adopte medidas para evitar que la persona o personas que pretendan ser víctimas de la violación alegada no sufran un daño irreparable. El hecho de que dicha solicitud sea dirigida al Estado Parte no implica la adopción de una decisión sobre la cuestión de la admisibilidad de la comunicación».

El Comité contra la Tortura ha reiterado que el incumplimiento de las medidas provisionales requeridas «podría reducir a la nada el resultado del procedimiento ante el Comité», tal y como puso de manifiesto en el caso *T.P.S. c. Canadá*, cuando este país deportó a la presunta víctima de la violación a la India sin atender la solicitud de medidas provisionales del Comité[1216].

[1214] Véase CHANET, C., «La peine de mort et le pacte international des nations unies relatif aux droits civils et politiques», en COHEN-JONATHAN, G. y SCHABAS, W. (dirs.), *La peine capitale et le droit international des droits de l'homme*, Panteón-Assas, Paris, 2003, pp. 77-102, en especial, pp. 75-76.

[1215] Jamaica (que es el Estado que posiblemente en más ocasiones ha sido denunciado ante el Comité de Derechos Humanos por condenados a muerte), cuando recibe la solicitud del Comité de que no se ejecute al condenado hasta que haya resuelto el caso, suele adoptar las medidas provisionales indicadas. En el caso *Piandiong, Jesús Morallos y Archie Bulan c. Filipina*, resuelto mediante Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 19 de octubre de 2000 (comunicación n.º 869/1999, CCPR/C/70/D/869/1999), se da la circunstancia de que las presuntas víctimas de la violación eran condenadas a pena de muerte. El Comité, de conformidad con el artículo 86 de su Reglamento, solicitó a Filipinas no proceder a ejecutar a los condenados hasta que resolviera el fondo del asunto. Filipinas procedió a ejecutarlos desatendiendo de esto modo la indicación del Comité, lo que llevó al Comité a resolver sobre el fondo del asunto.

[1216] Decisión del CAT de 16 de mayo de 1999, comunicación n.º 99/1997, *T.P.S. c. Canadá*, CAT/C/24/0/99/1997, párr. 16.1.

4. Aplicación práctica en los casos de expulsión de extranjeros

Una vez delimitada su existencia y obligatoriedad, cabe destacar que las medidas cautelares solo se aplican por el TEDH en ámbitos muy limitados[1217], y la mayoría se refieren precisamente a casos de expulsión y extradición, consistiendo en suspender la expulsión del demandante o la extradición durante el tiempo del examen de la demanda, si bien es preciso recordar que el Tribunal no es una instancia de apelación de las resoluciones de las jurisdicciones internas.

En los casos de extradición o expulsión, los demandantes deben ejercer los recursos internos susceptibles de suspender la medida de expulsión antes de solicitar medidas cautelares al TEDH. En los casos en los que se permite a los demandantes ejercer un recurso interno con efecto suspensivo, el TEDH no aplicará el artículo 39 del Reglamento para impedir la ejecución de la medida de expulsión.

La gran parte de las solicitudes aceptadas se basan en casos en los que se puede temer un daño irreparable si la expulsión o la extradición del demandante se llevara a cabo. Por otro lado, el TEDH ha observado que no corresponde a un Estado contratante sustituir el juicio emitido por el TEDH por el suyo propio en la comprobación de si existe o no un riesgo real de que un demandante sufriera un daño inmediato e irreparable en el momento de solicitud de la medida cautelar[1218].

Los supuestos de riesgos más frecuentes se centran en amenazas contra la vida (situación que entra en el ámbito del artículo 2 del CEDH, referido al derecho a la vida) o de malos tratos (proscritos por el artículo 3, relativo a la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes)[1219], único derecho este último que cuando se alega

---

[1217] La excepcionalidad de las circunstancias en que se adoptan ha sido subrayada, por ejemplo, en la STEDH
de 4 de octubre de 2016, *Klimov c. Rusia*, párr. 43.

[1218] Véanse también, entre otras, las SSTEDH de 12 de abril de 2005, *Chamaïev y otros c. Géorgia y Rusia*; de 17 de enero de 2006, *Aoulmi c. Francia*; de 10 de agosto de 2006, *Olaechea Cahuas c. España*; de 15 de enero de 2007, *Mostafa y otros c. Turquía*; de 22 de diciembre de 2008, *Alexanian c. Rusia*; de 24 de febrero de 2009, *Ben Khemais c. Italia*; de 7 de julio de 2009, *Grori c. Albania*; de 13 de abril de 2010, *Trabelsi c. Italia*; de 13 de julio de 2010, *D.B. c. Turquía*; de 2 de marzo de 2010, *AlSaadoon y Mufdhi c. Reino Unido*; de 5 de abril de 2011, *Toumi c. Italia*; de 22 de noviembre de 2011, *Makharadze y Sikharulidze c. Georgia*; de 27 de marzo de 2012, *Mannai c. Italia*; de 2 de octubre de 2012, *Abdulkhakov c.* Rusia; de 15 de mayo de 2012, *Labsi c. Elovaquia;* de 25 deseptiembre de 2012, *Rrapo c. Albania*; de 5 de febrero de 2013, *Zokhidov c. Rusia*; de 14 de marzo de 2013, *Salakhov e Islyamova c. Ucrania;* de 25 de abril de 2013, *Savriddin Dzhurayev c. Rusia*; de 4 de septiembre de 2014, *Trabelsi c. Bélgica*; de 27 de noviembre de 2014, *Amirov c. Rusia*; de 22 de octubre de 2015, *Sergey Antonov c. Ucrania*.

[1219] Para un análisis detallado del contenido y los supuestos en que el TEDH ha adoptado medidas cautelares,
véase WHATTHÉE, S., *Les mesures provisoires*…, *op.cit.*, pp. 167 y ss.; Keller, H., Marti, C., *op. cit.*, p. 346 y ss.; MORTE GÓMEZ, C., *Cómo presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Modificaciones tras la entrada en vigor del Protocolo n.º 14*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 213 y ss.

para solicitar protección internacional no admite excepción alguna; por tanto, tiene carácter absoluto en el ámbito del principio de *non refoulement.*

Hemos citado la importancia de los daños irreparables a la hora de solicitar las medidas cautelares, entendiendo por tales, fundamentalmente, el peligro para el derecho a la vida o a la integridad personal mediante amenazas de muerte, malos tratos, ejecución de la pena de muerte impuesta sin las garantías del proceso equitativo, ya se produzcan en el territorio del Estado parte o en territorio de un tercer Estado en los supuestos de extradición, expulsión y deportación[1220].

En este sentido, entre las aplicaciones más recientes basadas en la vulneración del derecho a la vida señalado, cabe recordar que, el 28 de febrero de 2022, el TEDH recibió una solicitud del Gobierno ucraniano demandando medidas provisionales urgentes contra el Gobierno de la Federación Rusa, bajo la Regla 39 de la Corte, en relación con las «violaciones masivas de derechos humanos que se estaban cometiendo por las tropas rusas en el curso de la agresión militar contra el soberano territorio de Ucrania»[1221]. La Corte recordó que la medida cautelar señalada el 13 de marzo de 2014 en el contexto del caso *Ucrania y los Países Bajos c. Rusia*, en relación con los acontecimientos en el este de Ucrania, continuaba vigente[1222]. Así, exhortaba a los Gobiernos de la Federación de Rusia y Ucrania para cumplir con sus compromisos bajo la Convención. El TEDH tuvo en cuenta la actual acción militar que comenzó el 24 de febrero de 2022 en diversas partes de Ucrania y considera que, efectivamente, existe el riesgo real y continuo de graves violaciones de los derechos de la población civil de la Convención, en particular en virtud de los artículos 2 (derecho a la vida), 3 (prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes) y 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) del Convenio Europeo de Derechos Humanos[1223]. Con miras a prevenir tales violaciones y de conformidad con la Regla 39 del Reglamento de la Corte, el TEDH acordó que el Gobierno de Rusia debía abstenerse de ataques militares contra civiles y bienes de

[1220] Un Estado parte en el CEDH puede incurrir en responsabilidad internacional por poner a una persona a disposición de un tercer Estado en donde la persona extraditada, expulsada o deportada pueda ser tratada de forma incompatible con los derechos reconocidos. En relación con esta cuestión en el marco del artículo 3, véase SALADO OSUNA, A., «Los tratos prohibidos en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos» en GARCÍA ROCA, F.J. y SANTOLAYA MACHETTI, P. (coords.), *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 107-144 (apartado 4: La responsabilidad del Estado como consecuencia de la puesta de una persona a disposición de un Tercer Estado no Parte en el CEDH).

[1221] La solicitud se registró con el n.º 11055/22, *Ucrania c. Rusia (X).* Véase TEDH, *The European Court grants urgent interim measures in application concerning Russian military operations on Ukrainian territory*, ECHR 068 (2022), 1 de marzo de 2022.

[1222] Véanse las solicitudes n.º 8019/16, 43800/14 y 28525/20.

[1223] Véanse también las solicitudes de medidas cautelares en los casos *Georgiac. Rusia (II)*, n.º 38263/08, de 12 de agosto de 2008; *Ucrania c. Rusia*, n.º 20958/14, de 13 de marzo de 2014; *Armenia c. Azerbaiyán*, n.º 42521/20, 29 de septiembre de 2020 y *Armenia c. Turquía*, n.º 43517/20, 6 de octubre de 2020.

carácter civil, incluidos locales residenciales, vehículos de emergencia y otros objetos especialmente protegidos, como escuelas y hospitales. Este acuerdo no solo no ha sido respetado por el Gobierno ruso, sino que, además, este último ha reaccionado anunciando el abandono del Consejo de Europa. Igualmente, el gobierno británico, a raíz del caso con el que comenzábamos este análisis, ha deslizado también tal posibilidad. Con ello, tanto Rusia como Reino Unido pretenderían desvincularse de las decisiones, obligaciones y posibles consecuencias de las medidas adoptadas por el TEDH.

Sin embargo, cabe finalizar este apartado considerando que, desde nuestro punto de vista, esta posibilidad no es acertada si se hace con tal intención, ya que las violaciones del Convenio, si se apreciaran, se habrían producido siendo miembros del Consejo y, por tanto, parte del Convenio, por lo que seguirían respondiendo de las mismas. Así se deduce del artículo 58, apartados 2 y 3, del CEDH, que afirman lo siguiente:

> «2. La denuncia no podrá tener por efecto el desvincular a la Alta Parte Contratante interesada de las obligaciones contenidas en el presente Convenio en lo que se refiere a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de estas obligaciones, hubiera sido realizado por dicha Parte con anterioridad a la fecha en que la denuncia produzca efecto.
>
> 3. Bajo la misma reserva, dejará de ser parte al presente Convenio toda Alta Parte Contratante que deje de ser miembro del Consejo de Europa»[1224].

E. Normativa comunitaria aplicable a la protección frente a la expulsión en caso de peligro de torturas o penas o tratos inhumanos o degradantes

Para cerrar el análisis de esta materia, vamos a hacer un breve repaso por la normativa comunitaria aplicable en concreto a la protección en caso de expulsión de extranjeros a lugares en los que corren peligro de sufrir torturas o penas o tratos inhumanos o degradantes[1225]. Así, comenzamos este repaso normativo citando, en primer lugar, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su adaptación de 12 de diciembre de 2007, por la que adquiere el mismo valor jurídico que los Tratados.

[1224] Además, habrían de cumplir los plazos a los que se refiere el art. 58.1: «Una Alta Parte Contratante solo podrá denunciar el presente Convenio al término de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor del Convenio para dicha Parte, y mediante un aviso de seis meses dado en una notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, quien informará a las restantes Partes Contratantes».

[1225] Recordamos que no es posible acudir ante el TEDH por los actos que se atribuyan a la UE, ya que como organización internacional todavía no es parte del CEDH. Por tanto, no sería posible demandar a Frontex ante el TEDH por las acciones de devolución planteadas, de ahí la importancia de que la UE se adhiera al CEDH.

Dicho texto reconoce en su artículo 4 que «nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes» y, al igual que el art. 3 del CEDH, omite la referencia a los «comportamientos crueles».

Por su parte, el art. 19.2 prohíbe los retornos forzosos en estas circunstancias, pero sin establecer expresamente ningún tipo de responsabilidad, señalando que «nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes».

En este caso, los criterios seguidos por el TEDH al interpretar la responsabilidad de los Estados conforme al CEDH deberán ser respetados de acuerdo a lo previsto en el art. 52.3:

«En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa»[1226].

Respecto a los solicitantes que necesitan garantías procedimentales especiales, el art. 24 de la Directiva 2013/32/UE establece:

> «1. Los Estados miembros evaluarán en un plazo razonable a partir de la presentación de una solicitud de protección internacional, si el solicitante es un solicitante que necesita garantías procedimentales especiales.
>
> 2. La evaluación a que se refiere el apartado 1 podrá integrarse en los procedimientos nacionales existentes y/o en la evaluación a que se refiere el artículo 22 de la Directiva 2013/33/UE, sin ser preciso que adopte la forma de un procedimiento administrativo.
>
> 3. Los Estados miembros velarán por que, cuando se haya determinado que un solicitante necesita garantías procedimentales especiales, se le preste el apoyo adecuado a fin de que pueda disfrutar de los derechos y cumplir con las obligaciones de la presente Directiva a lo largo de la duración del procedimiento de asilo.
>
> Cuando no pueda prestarse este apoyo adecuado en el marco de los procedimientos a que se refieren el artículo 31, apartado 8, y el artículo 43, y en especial cuando los Estados miembros consideren que el solicitante necesita garantías procedimentales especiales por haber sido objeto de torturas, violación y otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual, los Estados miembros no aplicarán, o suspenderán la aplicación, del artículo 31, apartado 8, y del artículo 43. Cuando los Estados miembros apliquen las

[1226] Véanse las Conclusiones del Abogado General Paolo Mengozzi de 7 de febrero de 2017, asunto C-638/16, *X c. Bélgica*, párr. 98.

disposiciones del artículo 46, apartado 6, al solicitante al que no pueda aplicarse el artículo 31, apartado 8, y el artículo 43, a tenor de lo dispuesto en el presente párrafo, ofrecerán, como mínimo, las garantías previstas en el artículo 46, apartado 7.

4. Los Estados miembros velarán por que estas necesidades procedimentales especiales también sean atendidas, de conformidad con lo dispuesto en la presente Directiva, si se hacen patentes en una fase posterior del procedimiento, sin necesidad de reiniciar el procedimiento».

Por su parte, el art. 25 de la Directiva 2013/33/UE obliga a los Estados miembros a lo siguiente:

«1. Los Estados miembros velarán por que las personas que hayan padecido tortura, violación u otros actos graves de violencia reciban el tratamiento preciso para reparar los daños producidos por tales actos, y puedan acceder, en particular, a la asistencia o tratamiento médico y psicológico adecuado.

2. Las personas que trabajen con víctimas de la tortura, violación u otros actos graves de violencia deberán haber recibido y seguir recibiendo una formación adecuada sobre las necesidades de las víctimas y estarán sometidas a las normas de confidencialidad establecidas en el Derecho nacional aplicable con relación a la información a que tengan acceso por razón de su trabajo».

A propósito de estos artículos y de los solicitantes que necesitan garantías procedimentales especiales, el *Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración*, elaborado por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Consejo de Europa, expresa que «las víctimas de torturas, violaciones u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual forman un grupo de personas vulnerables que gozan de garantías específicas establecidas en relación con su trato»[1227].

Por tanto, las personas que realicen la entrevista deberán tener un conocimiento general de los problemas que puedan afectar negativamente a la capacidad del solicitante para mantenerla, en particular, de los síntomas de que pueda haber sido torturado en el pasado, de acuerdo a los artículos 4.3 y 14 de la Directiva 2013/32/UE. Dicha Directiva también establece que los Estados miembros les deberán garantizar apoyo adecuado durante el procedimiento de asilo. Estos solicitantes quedarán exentos de los procedimientos acelerados y en la frontera, ya que en ese caso no se les podría prestar un apoyo adecuado (artículo 24).

Igualmente, se aplican garantías adicionales cuando los recursos contra una resolución negativa en primera instancia no tienen un efecto suspensivo automático. Entre

[1227] FRA, *Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración*, *op.cit.*, p. 320.

ellas figuran, por ejemplo, que se garantice la interpretación y la asistencia jurídica necesarias. Además, el solicitante que haya recibido una resolución negativa en primera instancia deberá disponer de al menos una semana para solicitar a un tribunal que decida sobre su derecho a permanecer en el territorio mientras se resuelve el recurso (artículo 24 combinado con el artículo 46.7). Las disposiciones sobre solicitantes que necesitan garantías procesales especiales se introdujeron en la refundición de 2013 de la Directiva 2013/32/UE[1228].

Por otro lado, cuando se trate de personas sujetas a procedimientos de retorno, se deberán tener en cuenta las necesidades especiales de las víctimas de tortura o de otras formas graves de violencia[1229].

La Directiva 2012/29/UE («Directiva sobre los derechos de las víctimas de delitos»[1230]) define el término de «víctima» en su artículo 2.1 a), como una persona física que ha sufrido daños, incluidos daños físicos, mentales o emocionales o pérdidas económicas, que hayan sido causados directamente por un delito. De acuerdo a este artículo, las víctimas también incluyen a los familiares de una persona cuya muerte fue causada directamente por un delito y que han sufrido daños como resultado de la muerte de esa persona. Así pues, la Directiva abarcaría también a las víctimas de la tortura. Cabe destacar, además, que la condición de víctima no está supeditada a la condición de residencia, la ciudadanía o la nacionalidad de la víctima (considerando 10)[1231].

III. PROTECCIÓN FRENTE A LA TORTURA Y SU APLICACIÓN A LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS DESDE EL ÁMBITO INTERAMERICANO

El sistema interamericano cuenta con un tratado específico, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura[1232], que obliga a los Estados parte a

[1228] *Ibid*., pp. 320-323.

[1229] Véase el apartado d) del artículo 14.1 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del 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: «1. Los Estados miembros velarán, con excepción de la situación cubierta por los artículos 16 y 17, por que se tengan en cuenta, en la medida de lo posible, los siguientes principios en relación con los nacionales de terceros países durante el plazo para la salida voluntaria concedido de conformidad con el artículo 7 y durante los períodos de aplazamiento de la expulsión de conformidad con el artículo 9: (…) d) consideración hacia las necesidades especiales de las personas vulnerables».

[1230] Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

[1231] FRA, *Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración*, *op.cit*., p. 321.

[1232] Adoptada en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985 en el decimoquinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

adoptar medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes en el ámbito de su jurisdicción. El artículo 2 define la tortura como:

«Todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo».

Una de las medidas que contempla este instrumento es el principio de no devolución, recogido en el cuarto párrafo de su artículo 13, de la siguiente forma:

«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».

Conforme a dicha norma, este principio está asociado también a la protección del derecho a la vida y de determinadas garantías judiciales, por lo que va más allá de la protección contra la tortura.

Por otra parte, este principio de no devolución hay que estudiarlo también a la luz de otros preceptos contenidos en otras normas, como los artículos 22.7, 22.8 y 5 de la CADH. En particular, el artículo 5.2 dispone que «nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano».

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre recoge una referencia a las penas crueles en el artículo 26: «(…) toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas».

Asimismo, del análisis de estos instrumentos se observa también un enfoque común más centrado en la conexión entre aquellas que defienden los derechos a la vida y a la integridad personal con la atención a la salud humana[1233]. Así, la expulsión o

[1233] Véanse la Sentencia de la Corte IDH de 19 de mayo de 2011, *Caso Vera y otra Vs. Ecuador*, párr. 43.

devolución de una persona podría considerarse que vulnera las obligaciones internacionales, dependiendo de las circunstancias concretas de la persona en particular, en casos en que dicha medida redunde en la afectación o el deterioro grave de la salud de la misma o, incluso, cuando pueda derivar en su muerte. A efectos de evaluar una posible vulneración de la Convención o de la Declaración habrá de tenerse en cuenta el estado de salud o el tipo de dolencia que padece la persona, así como la atención en salud disponible en el país de origen y la accesibilidad física y económica a la misma, entre otros aspectos.

Así lo entendió la CIDH en el *caso Andrea Mortlock c. Estados Unidos* cuando afirmaba:

«En esas circunstancias, la Comisión concluye que enviar conscientemente a Andrea Mortlock a Jamaica, a sabiendas de su actual régimen de atención médica y del insuficiente acceso en el país receptor a servicios similares de salud para los portadores de VIH/SIDA, sería violatorio de sus derechos y constituiría una sentencia de facto a un sufrimiento prolongado y una muerte prematura»[1234].

Cabe recordar que este enfoque es específico, no original, pues en este mismo sentido ya se habían pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[1235] y el Comité de Derechos Humanos[1236].

A modo de ejemplos en el ámbito de los pronunciamientos sobre las expulsiones en caso de peligro de tortura en este ámbito regional vamos a citar el caso *Baldeón García c. Perú*, donde la Corte IDH manifestó lo siguiente:

«La tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes están estrictamente prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La prohibición absoluta de la tortura, tanto física como psicológica, pertenece hoy día al dominio del *ius cogens* internacional. Dicha prohibición subsiste aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia,

[1234] Véase el Informe n.º 63/08 de la CIDH de 25 de julio de 2008, *caso 12.534 – Andrea Mortlock c. Estados Unidos*.

[1235] Véase, en el ámbito europeo, la STEDH de 2 de mayo de 1997, *D. c. Reino Unido*, párr. 53: «En vista de estas circunstancias excepcionales y teniendo en cuenta la etapa crítica ahora alcanzada en la enfermedad fatal de la demandante, la ejecución de la decisión de enviarlo a St. Kitts equivaldría a un trato inhumano por el Estado demandado en violación del artículo 3 (art. 3). (...) A pesar de que no se puede decir que las condiciones a las que debería hacer frente en el país receptor son en sí mismas una infracción de las normas del artículo 3 (art. 3), su expulsión le expondría a un riesgo real de morir bajo las circunstancias más angustiosas y, por tanto, constituiría un trato inhumano».

[1236] Véase el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 13 de noviembre de 2002, comunicación n.º 900/1999, *C. c. Australia*, CCPR/C/76/D/900/1999, párr. 8.5: «(…) En circunstancias en que el Estado Parte ha reconocido la obligación de proteger al autor, el Comité considera que la expulsión del autor a un país donde es poco probable que recibiría el tratamiento necesario para una enfermedad debida, en su totalidad o en parte, a causa de violación de los derechos del autor por el Estado Parte constituiría una violación del artículo 7 del Pacto».

conmoción o conflicto interno, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas»[1237].

En otros casos, la Corte IDH ha llegado a pronunciarse sobre sufrimientos más específicos, como los psicológicos, calificándolos como actos constitutivos de tortura. De esta forma, en el caso *Maritza Urrutia c. Guatemala* afirmaba lo siguiente:

«Se ha reconocido que las amenazas y el peligro real de someter a una persona a lesiones físicas produce, en determinadas circunstancias, una angustia moral de tal grado que puede ser considerada "tortura psicológica. La prohibición absoluta de la tortura, en todas sus formas, pertenece hoy día al dominio de *ius cogens* internacional" (…) algunos actos de agresión infligidos a una persona pueden calificarse como torturas psíquicas, particularmente los actos que han sido preparados y realizados deliberadamente contra la víctima para suprimir su resistencia psíquica y forzarla a auto inculparse o a confesar determinadas conductas delictivas o para someterla a modalidades de castigos adicionales a la privación de la libertad en sí misma»[1238].

Las condiciones de detención pueden constituir tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes cuando sean manifiestamente desproporcionadas y ejecutadas o toleradas por los Estados por razones basadas en discriminación de cualquier tipo, incluida la situación migratoria, o con el propósito de disuadir, intimidar o sancionar a los migrantes o sus familiares, obligándoles a retirar sus solicitudes de protección o condición migratoria, aceptar un retorno voluntario, proveer información o huellas digitales o con la intención de extorsionarlos por dinero o actos sexuales.

Además, la detención injustificada de migrantes, la demora en el acceso a derechos procesales, o la incomodidad física moderada pueden en sí mismas constituir tortura o trato o pena cruel, inhumano o degradante cuando se aplican en conjunto o por un período prolongado o indefinido. El umbral de las torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes es aún menor en los casos de migrantes en situación de vulnerabilidad y personas que hayan experimentado hechos traumatizantes, como los niños, niñas y adolescentes, mujeres, personas LGTBI, personas mayores, personas con discapacidad, solicitantes de asilo, refugiados y apátridas.

En el caso *Vélez Loor c. Panamá*, al examinar las condiciones de detención del denunciante (migrante en situación jurídica de irregularidad), la Corte IDH indicó que la falta de cumplimento de las condiciones carcelarias adecuadas:

[1237] Sentencia de la Corte IDH de 6 de abril de 2006, *Baldeón García c. Perú,* párr. 117, relativa al caso del señor Bernabé Baldeón, campesino habitante de la región de Ayacucho, quien fue sometido a tortura en las instalaciones de una iglesia de la región.
[1238] Sentencia de la Corte IDH de 27 de noviembre de 2003, *Maritza Urrutia c. Guatemala,* págs. 92 y 93.

«(…) puede resultar en una violación de la prohibición absoluta de aplicar tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En este sentido, los Estados no pueden invocar privaciones económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en esta área y no respeten la dignidad del ser humano»[1239].

Por otro lado, en el número 6 de sus ya citados Principios Interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas, la CIDH dejó muy claro que si bien se admiten excepciones en la protección que otorga el principio de no devolución que supone el Derecho internacional de refugiados en las circunstancias que expresamente prevé el artículo 33.2 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, en el caso de la protección cuando existan razones sustantivas para creer que la persona estaría en riesgo de sufrir tortura u otro daño irreparable en el lugar al que sería transferida o devuelta, esta protección frente a la devolución sería absoluta y sin excepciones. Con respecto a este tipo de tratos en los migrantes, la Corte reconoce expresamente en el principio 15 del citado instrumento lo siguiente:

«Ningún migrante será sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Los Estados tienen el deber de prevenir, investigar y sancionar las violaciones a la integridad de cualquier persona, incluidos los migrantes, cometidas por agentes del Estado o terceros. La detención migratoria prolongada y excesiva puede constituir tortura, o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Las detenciones de duración indeterminada constituyen actos de tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes».

Finalmente, en el ámbito más específico referido a la protección internacional cabe citar los artículos 3 y 4 de Convención sobre Asilo Territorial de Caracas[1240]. En este contexto, otros instrumentos regionales aplicables son la citada Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en concreto el artículo 27[1241]. El estudio de la expulsión en el ámbito de la protección internacional lo desarrollamos en un capítulo específico, al cual nos remitimos.

[1239] Sentencia de la Corte IDH de 23 de noviembre de 2010, *Vélez Loor c. Panamá*, párr. 198.

[1240] Adoptada en la X Conferencia Interamericana celebrada en Caracas, Venezuela, del 1 al 28 de marzo de 1954.

[1241] Véase también los Principios relativos al Régimen de los Refugiados, de 1966, aprobados por el Comité Consultivo Jurídico Asiático-africano (art. III 3)); la Declaración sobre el Asilo Territorial, aprobada por la Resolución 2132 (XXII) de la AGNU (art. 3); la Convención de 1969 que Regula los Aspectos Propios de los Problemas de los Refugiados en África, de la Organización de la Unidad Africana (art. II 3)); la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, (art. 22 8)) y la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, de 1984 (párr. 5).

IV. ÁMBITO AFRICANO Y LA PROTECCIÓN FRENTE A LAS TORTURAS

La Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos es el instrumento internacional más detallado en este ámbito, ya que en su artículo 5 dispone lo siguiente:

«Todo individuo tendrá derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano y al reconocimiento de su status legal. Todas las formas de explotación y degradación del hombre, especialmente la esclavitud, el comercio de esclavos, la tortura, el castigo y el trato cruel, inhumano o degradante, serán prohibidos».

En la misma línea, la Comisión Africana de Derechos Humanos, en el asunto *Recontre Africaine pour la Défense des Droits de l'Homme c. Zambia,* describe qué constituye violación de la Carta en el contexto de la expulsión, en estos términos:

«*The African Commission will not dispute that the Zambian State has the right to bring legal action against all persons illegally residing in Zambia, and to deport them if the results of such legal action justify it. However, the mass deportation of the individuals in question here, including their arbitrary detention and deprivation of the right to have their cause heard, constitute a flagrant violation of the Charter*»[1242].

En ámbito de la protección frente a la no devolución de refugiados, debemos tener en consideración la Convención de la OUA por la cual se regulan los Aspectos Específicos de Problemas de los Refugiados en África, de 10 de septiembre de 1969, que refleja las realidades del continente durante un período de lucha violenta por la autodeterminación y el desarrollo nacional. Esta Convención marcó el comienzo de un sistema de protección al refugiado, el cual atiende directamente a las causas de los flujos masivos de refugiados al destacar las condiciones objetivas del país de origen[1243]. En este sentido, su artículo 2.3 establece lo siguiente:

«Ninguna persona será sometida por un Estado miembro a medidas tales como la negativa de admisión en la frontera, la devolución o la expulsión que la obligarían a regresar o a permanecer en un territorio donde su vida, su integridad corporal o su libertad estarían amenazadas por las razones enumeradas en los párrafos 1 y 2 del artículo 1. [relativos a la persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, o a quienes, a causa de una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su

[1242] Decisión de la Comisión Africana de Derechos Humanos de octubre de 1997, comunicación n.º 71/92, *Recontre Africaine pour la Défense des Droits de l'Homme c. Zambia*, párr. 31.

[1243] RWELAMIRA, M., «La Convención de la OUA de 1969 sobre los Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África», *International Journal of Refugee Law*, vol. 1, núm. 4, 1989, pp. 557-558.

país de origen, o del país de su nacionalidad, están obligados a abandonar su residencia habitual para buscar asilo en otro lugar fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad».

Finalmente, cabe citar los Principios de Bangkok sobre el Estatuto y Tratamiento de los Refugiados del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano[1244]. Al tratarse de una materia específica sobre protección internacional, nos remitimos al capítulo anterior en el que se analiza la protección del *non refoulement* de esta categoría de personas extranjeras.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Aun reconociendo las dificultades que tienen los Estados situados en las fronteras exteriores a causa del aumento de la presión migratoria, el TEDH ha subrayado que esta realidad no mitiga la responsabilidad del Estado de proteger frente a las torturas y tratos o penas inhumanos o degradantes que se desprende del art. 3 CEDH[1245]. A pesar de que el CEDH no regula ni la expulsión, ni la devolución, ni la extradición de extranjeros, ni siquiera el derecho de asilo, materias sometidas al Derecho internacional, y considerando que son los Estados parte los que controlan la entrada y salida de extranjeros de sus respectivos países, estos están sometidos a las obligaciones inherentes al CEDH y a sus órganos de control en lo que al respeto de los derechos humanos fundamentales se refiere.

La expulsión, devolución o extradición pueden derivar en riesgo de padecer tratos inhumanos y degradantes en «ciertos casos excepcionales», por lo que, cuando concurren «razones serias para creer» que el extranjero puede llegar a sufrir tales tratos, el Estado de acogida no puede expulsar, devolver o extraditar al extranjero hacia el Estado de origen en donde este pueda sufrir dichos tratos, al amparo de lo contemplado y expuesto en el CEDH. Esta protección que otorga el CEDH es absoluta y la única que no admite excepciones ni respecto a circunstancias objetivas ni subjetivas relativas al comportamiento o al status de la persona extranjera en cuestión.

Para finalizar, cabría plantear la posibilidad de ampliar esta protección a los demás mecanismos previstos para proteger los derechos tanto de los solicitantes de protección internacional como otros instrumentos que protegen los derechos humanos de las personas extranjeras, ya que no parece justificado que se establezcan distintos ámbitos de protección para amparar derechos humanos que se encuentran al mismo nivel.

[1244] Los Principios de Bangkok sobre el Estatuto y Tratamiento de los Refugiados fueron adoptados el 31 de diciembre de 1966 (texto final aprobado el 24 de junio de 2001).

[1245] En este sentido véase la STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, págs. 223 y 224.

PARTE TERCERA

ORDENAMIENTO ESPAÑOL Y EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

CAPÍTULO VII

LÍMITES DE LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EN EL DERECHO ESPAÑOL

«*La inmigración ha sido, es y será, una oportunidad e incluso una necesidad desde el punto de vista económico. Pero los vínculos positivos entre migración y economía no son automáticos, sino que requieren de un contexto específico: un marco jurídico completo y bien diseñado en materia de extranjería, un proyecto de política económica coherente y delineada con criterio, un mercado de trabajo maduro, alineado con los retos demográficos y educativos*»

Francisco Fernández Marugán

Anterior Defensor del Pueblo (e.f.)

I. INTRODUCCIÓN

Tras el estudio de la expulsión de extranjeros en el ordenamiento jurídico internacional –principalmente desde la perspectiva de la protección de los derechos humanos y, en concreto, desde los instrumentos que protegen frente a la discriminación– y una vez revisado en este contexto el principio de *non refoulement* de los solicitantes de protección internacional, procede en este momento recalar en cómo la normativa española ha enfocado la salida forzosa de los extranjeros de nuestro país. Para ello, vamos a delimitar las distintas figuras y procedimientos que, en no pocas ocasiones, generan confusión, haciendo necesaria la intervención aclaratoria de los tribunales[1246].

Así, analizaremos, especialmente en este capítulo, la delimitación del concepto de expulsión, qué situaciones son calificadas como «expulsión» cuando deberían encuadrarse en supuestos de «devolución» o de «rechazo en frontera»; supuesto, este último, contemplado como tal en nuestra normativa actual sólo para hablar de una medida de contención ante un intento de entrada ilegal específico en Ceuta y Melilla. Pretenderemos aclarar todas estas cuestiones en aras de aplicar correctamente una legislación, que debería adecuarse con mayor rigor a las circunstancias actuales, y localizaremos, asimismo, dónde es necesario apuntalar la normativa interna,

[1246] Véase PEY GONZÁLEZ, J. M.ª, «Reciente doctrina del Tribunal Supremo en extranjería (II)», *Diario La Ley*, n.º 10205, 2023.

proponiendo, en lugar de modificaciones coyunturales apuradas por las circunstancias, adecuaciones normativas que abarquen con rigor todos los supuestos posibles a fin de no dejar sin amparo legal actuaciones que en la práctica se están llevando a cabo.

Igualmente, evaluaremos y distinguiremos los posibles supuestos a la luz de la opinión jurisprudencial más destacada, añadiendo una valoración propia sobre los ámbitos más polémicos, así como sobre las debilidades normativas detectadas.

Para ello, en este capítulo analizaremos especialmente los diversos tipos de expulsión, así como las diferencias entre los distintos tipos de salida forzosa contemplados en nuestro ordenamiento, haciendo hincapié en las diferencias con la devolución de extranjeros. Igualmente, estudiaremos las figuras más polémicas, como las ilícitas «expulsiones colectivas» o «devoluciones en caliente», siempre de actualidad, y especialmente teniendo en cuenta las opiniones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativos a los últimos pronunciamientos que afectan a España.

Para completar este análisis, nos referimos a cómo ciertos acontecimientos recientes, como la COVID-19, y otras circunstancias políticas internacionales, como el Brexit, han influido sobre las expulsiones de personas extranjeras en nuestro país.

II. CIFRAS Y LETRAS. PROBLEMÁTICA RECIENTE EN ESPAÑA

A. La evolución en España de los datos sobre migración y asilo

Para dibujar el contexto que delimita la importancia de la salida forzosa de los extranjeros, vamos a comenzar con un repaso de las cifras que muestran la realidad que pasamos a analizar. En España, antes de la situación excepcional que generó la pandemia, según datos del INE de 2023, el número de extranjeros había aumentado en 77.016 personas durante el último trimestre, hasta un total de 6.373.463 a 1 de octubre de este año.

El número de extranjeros residentes a esta fecha, se situó en 6.373.463, experimentando un incremento del 7,05% (449.851 personas[1247]) en el último año, lo que representa un crecimiento inferior al del año 2022 respecto a 2021, donde esta diferencia fue de 488.634 personas[1248]. Respecto al número de personas extranjeras identificadas

[1247] Esta cifra parte de los datos publicados por el INE en la Estadística continua de población. ECP. Datos provisionales 01/10/2023. Tomando en cuenta la población total registrada para el trimestre 4 de 2022.
[1248] Esta cifra parte de los datos publicados por el INE en la Estadística continua de población. ECP. Datos provisionales 01/10/2023. Tomando en cuenta la población total registrada para el trimestre 4 de 2021.

como parte de estas cifras a 1 de octubre de 2023, no se especifica la cantidad de personas pertenecientes a la UE o no comunitaria. No obstante, por nacionalidades se destaca un mayor número de extranjeros procedentes de Colombia, Marruecos, España, Venezuela y Perú; considerando que para el primer semestre de 2022 el mayor número de extranjeros era procedente de Marruecos (770.610), Rumanía (619.833), Colombia (375.528), Reino Unido (307.443) e Italia (306.621)[1249].

A 1 de enero de 2022, los extranjeros inscritos en el Padrón Continuo pertenecientes a la UE suman 1.617.911 personas. Dentro de estos, los más numerosos son los rumanos (632.859) y los italianos (298.817). Entre los extranjeros no comunitarios, destacan los ciudadanos marroquíes (776.223), los colombianos (315.885) y los británicos (316.529). Los ciudadanos de Ucrania (105.760), tras los acontecimientos de la invasión rusa, también se encuentran entre los más numerosos[5].

Respecto a las llegadas de embarcaciones con inmigrantes ilegales en España, entre enero de 2017 y diciembre de 2021 la cifra aumentó progresivamente, alcanzando en ese último año las 2.149 embarcaciones llegadas a las costas españolas. No obstante, en 2022, la cifra se redujo a 1.704 embarcaciones, lo que implica un 20,7% menos que el año anterior[6].

Si hablamos de protección internacional, tradicionalmente España ha recibido un número relativamente bajo de solicitudes de asilo si lo comparamos con otros países de la Unión Europea. Esta situación empezó a invertirse en 2015 hasta llegar a la actualidad, en donde España es el tercer país de la Unión que recibe más solicitudes de asilo y tercero con menor reconocimiento de la UE, sin olvidar que ya en 2018 había alcanzado el primer puesto como punto de entrada a Europa a través del Mediterráneo, donde para el año 2022*"más de 2.900 personas perdieron la vida en el mar tratando de alcanzar costas europeas, al menos 1.170 tratando de llegar a España".*[1250]

A pesar de que Ceuta y Melilla constituyen la frontera entre Europa y África, rara vez se relacionan las llegadas a estos enclaves con el derecho de asilo u otras formas de protección internacional, incluso considerando la gran llegada de personas refugiadas a países del sur de Europa a raíz del conflicto sirio en 2015. A pesar del importante aumento de solicitudes de asilo en España (un 82% más que el año 2021), la comparación de los

[1249] Extraído de INE, *Cifras de Población (CP) a 1 de julio de 2022 Estadística de Migraciones (EM). Primer semestre de 2022.*

[5] INE, Cifras de Población (CP) a 1 de enero de 2022 Estadística de Migraciones (EM). Año 2021 Datos provisionales.

[6] MINISTERIO DEL INTERIOR, *Inmigración irregular 2022 – datos acumulados desde el 1 de enero de 2022 hasta el 31 de diciembre de 2022.*

[1250] CEAR, España tercer país con más solicitudes de asilo y tercero con menor reconocimiento de la UE. Disponible en https://www.cear.es/datos-asilo-2022/. [consulta: 27-11-2023].

datos refleja que el porcentaje de personas llegadas por mar y por tierra a España que solicitan asilo es bajo.

De nuevo, y considerando las cifras previas a la pandemia, en 2019 se presentaron 118.264 solicitudes, de las cuales solo 7.020 se realizaron desde un puesto fronterizo[8]. De ese total, se concedieron 1.660, lo que supone 138 resoluciones favorables al mes. Por el contrario, 14.939 fueron denegadas. La mayor parte de las solicitudes presentadas procedían de ciudadanos de Venezuela, Colombia y Honduras, aunque las resoluciones favorables fueron en su mayoría para ciudadanos procedentes de Siria, El Salvador y Honduras[9]. Cabe llamar la atención en la comparación con 2018, ya que la cifra de solicitudes ha experimentado un incremento de casi el doble que el año anterior, con 55.749 solicitudes, y que, a su vez, ya había experimentado un aumento del 75,6% respecto a 2017, por lo que vemos que esta tendencia de solicitudes va en aumento; no así la concesión o resolución favorable de la protección, que ha descendido considerablemente respecto al año anterior (de 3.178 en 2018 a 1.660 en 2019)[10].

Si consideramos las cifras más recientes por año completo, según destaca CEAR:

«Del total de 69.891 resoluciones en 2021, solo 7.371 fueron favorables, destacando positivamente el caso de las personas procedentes de Malí, con más de un 82% de peticiones aceptadas, consolidándose el cambio de criterio del año anterior. En el lado negativo destacan Colombia, Honduras o El Salvador, con más de un 90% de resoluciones desfavorables, a pesar de los altos índices de violencia que sufren muchas personas en estos países. Cabe destacar que un año más se concedió protección por razones humanitarias a 12.983 personas, dirigiéndose casi el 99% a personas de Venezuela, aunque también se extendió a personas de Ucrania, Colombia o Perú, entre otras»[11].

Para el año 2022, cuyas cifras son las más recientes, CEAR destaca y «celebra el aumento del número de resoluciones favorables, un 16,5% frente al 10% del año anterior, pero señala que esta tasa de reconocimiento de protección internacional se encuentra aún

[8] CEAR, «España solo ofrece protección a uno de cada 20 solicitantes», *CEAR*, 4 de febrero de 2020. Disponible en https://www.cear.es/solicitantes-asilo-mas-que-cifras-2019/ [consulta: 31-05-2023].
[9] MINISTERIO DEL INTERIOR, *Avance de datos de protección internacional, aplicación del Reglamento de Dublín y reconocimiento del estatuto de apátrida. (Datos provisionales acumulados entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2019).*
[10] *Ibid*.
[11] CEAR, «Asilo 2021: España mejora gracias a cambios de criterio en la valoración», *CEAR*, 5 de abril de 2022. Disponible en https://www.cear.es/datos-asilo-2021/ [consulta: 31-05-2023].

muy lejos de la media europea, por encima del 38%, y que solo Malta y Chipre tienen un porcentaje más bajo de solicitudes aceptadas»[1251]

En el caso de los ucranianos, como consecuencia de la invasión rusa, la Oficina de Asilo y Refugio ha concedido 161.037 solicitudes de protección temporal a lo largo del 2022 (que incluye permiso para trabajar y residir), lo que sitúa a España como el quinto país en Europa en número de concesiones de protección a finales de mayo[12]. Para setiembre de 2023 la cifra de personas ucranianas en España con documentación de residencia en vigor es de 267.559. De estas 181.660 bajo directiva de Protección Temporal.[1252]

EVOLUCIÓN DE LAS DEPORTACIONES 2013-2019

Año	Devoluciones y expulsiones	Órdenes para abandonar el territorio	Tasa de retorno %
2019	11.153	37.890	29,44
2018	11.384	59.255	19,21
2017	9.326	27.340	34,11
2016	9.241	27.845	33,19
2015	10.594	33.495	31,63

[1251] CEAR, España tercer país con más solicitudes de asilo y tercero con menor reconocimiento de la UE. Disponible en https://www.cear.es/datos-asilo-2022/. [consulta: 27-11-2023].

[12] Cifras disponibles en https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/interior/Paginas/2023/120123-solicitudes-proteccion-internacional.aspx [consulta: 31-05-2023].

[1252] Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, Infografías Ciudadanos ucranianos en España con documentación de residencia en vigor.

Año	Devoluciones y expulsiones	Órdenes para abandonar el territorio	Tasa de retorno %
2014	11.817	42.150	28,04
2013	13.985	32.915	42,49

Fuentes: Ministerio del Interior, Eurostat, El País.

Si recalamos ahora en las cifras que se centran en el objeto de estudio principal de este trabajo, cual es el recurso a la expulsión o devolución de extranjeros, vemos, en primer lugar, cómo a medida que aumenta el número de inmigrantes se observa un incremento correlativo en este tipo de salida forzosa del país. Así, en términos globales, España repatrió en 2019 a 11.153 personas extranjeras, un 21% más que en 2016, año en que se ejecutaron 9.241 expulsiones o devoluciones, lo que supone una media de 30 personas expulsadas al día, según los datos facilitados por el Ministerio del Interior al Defensor del Pueblo para su informe anual, con motivo de su condición de Mecanismo de Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas y Degradantes[13].

En total, se ejecutaron un 29,44% de las 37.890 órdenes de expulsión o devolución, que estuvieron considerablemente por debajo del año anterior, tal y como se observa en el cuadro que se acompaña sobre la evolución de las deportaciones.

A pesar del volumen notable de órdenes y salidas efectivas, estamos comparativamente todavía por debajo de la media europea, ya que la tasa de retorno comunitaria es del 36% respecto al total de inmigrantes que reciben una orden para abandonar la UE, lo que hace prever que en nuestro país las cifras irán en aumento.

En el Informe del Defensor del Pueblo de 2018, se destacaba que, en dicho año, las órdenes de expulsión duplicaron las del 2017, y las de devolución (que, como veremos al estudiar su regulación, suelen basarse en el intento de entrada irregular al país o en la violación de una prohibición previa de entrada) aumentaron nada menos que un 243% respecto al año precedente[14]. Este espectacular aumento en las órdenes de devolución vino acompañado –o como consecuencia– del incremento de las llegadas de migrantes en

[13] Ministerio de Interior, *Estadísticas anuales 2020.*
[14] DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe Anual 2018 – Mecanismo Nacional de Prevención*, Madrid, 2019, p. 69.

patera, que en 2018 aumentó hasta la cifra récord de 56.145 personas, casi tres veces más que en 2017[15].

El Informe incide en que solo se pudo efectuar la devolución de 7.203 migrantes irregulares de las 50.263 órdenes expedidas; es decir, que solo se devolvió a su país de origen al 14,3%, debido a «la dificultad que implica la política de repatriaciones», que no solo depende de las autoridades españolas[16].

Mayor «éxito» tuvieron las órdenes de expulsión, ejecutándose 4.181 de las 8.286 incoadas, algo más del 50%[17]. La gran parte de ellas (47,3%) se debe a la estancia irregular en el país, mientras que el segundo puesto lo ocuparon las expulsiones por sustitución de la pena por delitos (un 23%) y un 17,4% fueron expulsiones por condenas de más de un año de prisión[18]. Sobre los motivos y los acuerdos de España hablaremos en detalle en el capítulo en el que analizamos la regulación en España de las expulsiones de extranjeros.

B. Algunos datos económicos

Por otro lado, más allá de las repercusiones en el ámbito de derechos humanos y de los costes personales y sociales que implican las repatriaciones, sean del tipo que sean, se ha planteado la cuestión del coste económico que supone para el país, para poder así valorar en conjunto la conveniencia de las mismas y plantear otras opciones. Respecto al coste medio por deportación, dado que dicha información no se recoge en ningún apartado de los portales ministeriales, hemos recurrido de nuevo a bucear en las preguntas escritas realizadas por senadores, y así vemos como, en 2017, último año del que disponemos de datos, el coste medio por cada deportación era de 953,19 euros[1253]. Por lo tanto, *grosso modo*, observamos que España gastó ese año unos 8.889.449,94 euros en deportaciones, cifra que, por otro lado, ha ido disminuyendo progresivamente, tal y como se observa del cuadro que se acompaña.

Tema distinto y a debatir sería el cálculo del coste de la integración, en lugar de la expulsión, y de lo que podría aportar la inclusión de nuevos cotizantes a las arcas del Estado. Cabe destacar que la «contribución fiscal neta directa» de los inmigrantes (lo que aportan menos las ayudas directas que perciben), según los estudios, es favorable,

[15] *Ibid*., anexo 2, tablas 1 a 4.
[16] *Ibid*., p. 69 y anexo 2.
[17] *Ibid*., p. 69 y anexo 2, tablas 5 y 6.
[18] *Ibid*., p. 69.
[1253] Respuesta del Gobierno a la pregunta escrita de la senadora María Isabel Mora de Unidas Podemos (GPPOD).

situándose en torno a los 4.200 euros anuales por familia, lo que supone una aportación un 70% más alta que la de los hogares con nacionalidad española (con cerca de 10 millones de pensionistas nacionales)[1254].

Sin embargo, calculando la diferencia entre los impuestos directos y el gasto público, principalmente, gastos sanitarios y educativos de familias jóvenes y con hijos, estos reciben 400 euros más de media que los españoles. Si nos centramos solo en inmigración irregular, el coste global de cada inmigrante alcanzaría unos 2.000 euros al año (a finales de 2019, unas 400.000 personas se encontrarían en esta situación)[1255]. Ahora bien, sin entrar en la perspectiva humanitaria, si entre las medidas adoptadas se optara por una regularización ordenada, la aportación fiscal neta de estos inmigrantes se incrementaría por encima de los 3.250 euros[1256]. Cuando menos, cabe entonces plantearse la opción de la regularización ordenada como alternativa a la expulsión.

Finalmente, y como desarrollaremos con más detalle en el Capítulo correspondiente, es preciso considerar las consecuencias que también ha provocado el COVID-19. En particular, debemos mencionar su repercusión sobre las deportaciones de extranjeros, en cuanto ha supuesto, entre otras cosas, la suspensión de vuelos de repatriación. Ante esta situación, la Comisión Europea ha mostrado en informes internos su preocupación por la cancelación de estos operativos, considerando que podría actuar como un elemento de atracción para los migrantes, al no poder ser repatriados mientras dure la situación generada por la pandemia.

COSTE MEDIO POR DEPORTACIÓN

2014	1.292,27 euros
2015	1.165,12 euros
2016	1.074,75 euros
2017	953,19 euros

Fuente: Respuesta del Gobierno a la pregunta escrita de la senadora María Isabel Mora de Unidas Podemos (GPPOD).

[1254] HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., «Inmigración: abramos los ojos», *El Español*, 21 de noviembre de 2020. Disponible en https://www.elespanol.com/opinion/tribunas/20201121/inmigracion-abramos-ojos/537566240_12.html#:~:text=Pues%20bien%2C%20si%20seguimos%20abriendo%20los%20ojos%2C%20en,%28con%20cerca%20de%2010%20millones%20de%20pensionistas%20nacionales%29 [consulta: 31-05-2023].

[1255] *Ibid*.

[1256] *Ibid*. Véase, en general, DEFENSOR DEL PUEBLO, *La contribución de la inmigración a la economía española*, Madrid, 2020.

III. ORIGEN DE LA REGULACIÓN DE EXTRANJERÍA EN ESPAÑA

A. La regulación general

Antes de adentrarnos en la figura la salida forzosa de los extranjeros del territorio nacional, es preciso conocer tanto el origen de esta medida de alejamiento como el marco en el que su regulación y aplicación se circunscriben, lo que nos obliga a remontarnos al sistema de control de entrada de extranjeros instaurado en España en la primera mitad del s. XIX.

Así, durante la Regencia y el periodo convulso que despuntaba[1257], se formalizó un procedimiento de detención en frontera de los extranjeros carentes de pasaporte o indocumentados, que incluía un trámite de información al Gobierno sobre la detención, además de introducir una distinta reacción coercitiva en función del modo de entrada en España. En este procedimiento se diferenciaba entre la entrada por tierra (donde la expulsión era denominada «repaso») y mediante desembarco marítimo (cuya consecuencia era el «reembarco»), constituyendo el embrión de un sistema de control de entradas que acabaría por consolidarse años más tarde, pero que apuntaba ya la necesidad de medidas de alejamiento de la frontera autónomas, que se distinguiesen de otras medidas de expulsión para extranjeros ya ubicados en territorio nacional.

Poco después, el Real Decreto de Extranjería de 17 de noviembre de 1852, en desarrollo del art. 1 de la Constitución de 1845, vino a instaurar los fundamentos del moderno sistema de control de entradas, que perduraría durante más de sesenta y cinco años, introduciendo, en primer lugar, la exigencia de pasaporte/visado en los controles de entrada fronterizos para entrar en España. En segundo lugar, se castigaba la entrada ilegal con una medida de alejamiento a través de la expulsión, pero que, en supuestos especiales, podía ser sustituida por medidas limitativas de la libertad ambulatoria. En todo caso, su imposición requería un acto administrativo mínimamente procedimentalizado, mientras seguían avanzando en la línea de instaurar medidas de alejamiento específicas para la frontera. Por último, este Real Decreto castigaba como delito de desobediencia grave el quebrantamiento por el extranjero de una orden de expulsión.

Un paso más supuso la Ley de 4 de diciembre de 1855 sobre el Asilo de los Extranjeros, que contemplaba otra posibilidad de expulsión derivada de determinadas actividades realizadas por los refugiados en nuestro país que guardaban más relación con

[1257] A la muerte del rey Fernando VII en 1833 le sucedió su hija Isabel II, pero su minoría de edad provocó la regencia de su madre María Cristina de Borbón (1833-1840). Esta regencia fue muy convulsa debido a la Primera Guerra Carlista, que enfrentó a los partidarios de Isabel, liberales, contra los partidarios de Carlos Isidro, hermano de Fernando VII, los carlistas.

la política que con las infracciones administrativas: los actos de conspiración contra la nación española tendentes a destruir o modificar sus instituciones o a alterar la tranquilidad pública. Esta figura, como recuerda Ana Fernández Pérez, aparecerá también en sucesivas normas, como la Circular de la Inspección General de la Guardia Civil de 26 de junio de 1858, la Real Orden de 27 de julio de 1887, la Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933 y la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933[1258].

Al mismo tiempo, comienza a vislumbrarse también la influencia europea entre 1862 y 1895, por lo que el pasaporte deja de ser exigido en la mayoría de países vecinos, y es en ese momento, a partir de 1895, cuando decae la práctica de los controles fronterizos, aunque siguieron aplicándose medidas de expulsión de extranjeros. Sin embargo, a partir de 1914 (con el comienzo de la Primera Guerra Mundial) se reinstaura la exigencia tanto del pasaporte como de nuevos y más estrictos controles en frontera, tal y como reconoce la propia Exposición de Motivos del Real Decreto de Pasaportes de 1917. Esta norma introdujo dos medidas de alejamiento en frontera distintas. La primera fue la prohibición de entrada para los extranjeros carentes de pasaporte o con pasaporte defectuoso o incompleto, cuya consecuencia era la denegación de entrada o impedimento de desembarco. La segunda, el repaso (el antecedente de la expulsión), que obligaba a los extranjeros a cruzar la frontera de nuevo hacia el país del que procedieran. A su vez, el art. 5 reservaba al Estado la facultad de expulsar no solo a los extranjeros peligrosos sino también a aquellos que hubieran incumplido los requisitos exigidos por el Real Decreto, concretamente, en caso de entrada ilegal.

El inicio de la Segunda República no supuso un gran cambio, ya que, con la aprobación de la Constitución de 9 de diciembre de 1931, se adoptó un nuevo Decreto sobre Pasaportes, de 4 de octubre de 1935, que básicamente mantuvo las principales directrices del Real Decreto de 1917.

Tras la Guerra Civil el sistema de control de entradas se caracterizó, en primer lugar, por el mantenimiento, con leves modificaciones, del modelo instaurado por el Decreto republicano y, en segundo lugar, por siete textos normativos distintos para sancionar supuestos de entrada ilegal. Ello hizo necesario plantear una nueva regulación que unificara las bases del sistema de extranjería, algo que no se logró hasta la aprobación del Decreto 522/1974 para los extranjeros cuya entrada en España fuera denegada en un puesto de control fronterizo. La norma permitía aplicar, bien una denegación de entrada con rechazo en frontera simple, cuando el extranjero aún no se encontrara físicamente en España, bien un rechazo a modo de repaso de frontera, cuando el extranjero se encontrara

[1258] FERNÁNDEZ PÉREZ, A., «La regulación de las devoluciones y expulsiones de extranjeros: la ilegalidad de las devoluciones de extranjeros efectuadas sin las debidas garantías», *La Ley*, núm. 8382, 2014, p. 5.

en España pero careciera de los requisitos exigidos por la normativa de extranjería. Cabe destacar que en ninguno de los dos casos se aplicaba sanción alguna.

En este mismo año, 1974, se aprobó un decreto que permitió la que consideramos como la primera regularización de 11.000 personas que no tenían la nacionalidad española. Hay que tener en cuenta que durante la España franquista el país no era todavía un territorio de destino, sino más bien de emigración (no será hasta finales de los años 80 y principios de los 90 cuando se produzca el giro en las dinámicas migratorias, y el Estado español se convierta en uno de los principales destinos de la inmigración)[1259].

El Código Penal vigente en la época contemplaba además la pena llamada de «extrañamiento»[1260], que consiste en la expulsión del territorio español por el tiempo de la condena. Sin embargo, a diferencia de la expulsión, se aplicaba tanto a los españoles como a los extranjeros. Por tanto, vemos cómo la posibilidad de expulsión del territorio como sanción sólo de quien no es nacional, tiene una fundamentación jurídica más bien reciente. La Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, recogía la expulsión, exclusivamente, del ciudadano extranjero como medida de seguridad (precursora del actual art. 108 del CP).

La llegada de la democracia y la Constitución Española de 1978, que reconoce formalmente los derechos de los extranjeros y las competencias exclusivas del Estado en materia de migración, va a suponer un paso hacia una nueva norma que pretendía ofrecer una solución jurídica a un problema que empezaba a vislumbrarse en España, el del refugio de personas perseguidas en sus países por motivos ideológicos o políticos, a través de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, cumpliendo, además de los convenios internacionales, el mandato del artículo 13.4 de la Constitución.

Un año más tarde, se aprueba la norma que contemplaría también los derechos y situaciones de los extranjeros en general, más allá de los refugiados, la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros. Esta norma va a partir de un sistema de control de entradas de doble filtro, basado en la obtención previa de visado y en el reexamen de las condiciones de entrada en frontera. La LOE se sirvió de dos medidas de alejamiento para garantizar la efectividad del sistema de control de entradas: el rechazo en frontera y la devolución. La norma incluyó también

[1259] Véase en general, IZCUE, M.; CASTELLANO, N.; MORALES, A. y ALDEKOA, X., «Esenciales pero discriminados», *Revista 5W*, 20 de junio de 2020.

[1260] La pena de extrañamiento existía ya en los primeros Códigos Penales españoles y, hasta 1810, se dividía el extrañamiento en temporal y en perpetuo (artículo 112 del Código de 1870). El Código de 1928 prescindió completamente del extrañamiento, el cual reapareció en 1932, pero ya limitándose al extrañamiento temporal.

como supuesto de devolución la entrada ilegal, ya que en estos casos no existía un título ejecutivo previo derivado de una expulsión anterior[1261].

La entrada en la Comunidad Europea trajo consigo las obligadas reformas normativas, incluyendo las que afectaban a la regulación de la situación de los extranjeros. De esta forma, aunque la decisión de su admisión seguía perteneciendo a la esfera de la propia soberanía de los países, las formas y otras normas mínimas debían ser respetadas por el conjunto comunitario. Así se llevó a cabo una honda reforma de la legislación sobre asilo, mediante la Ley 9/1994 que modificó la precedente Ley 5/1984.

Una de las novedades principales fue la introducción de una fase previa para el estudio de las solicitudes de asilo. Esta fase, llamada de inadmisión a trámite, se aplicaba a todas las solicitudes de asilo, pero establecía plazos y garantías diferentes según la persona manifestara su voluntad de pedir asilo «en frontera» o una vez se encontraba ya en territorio español. No se hacía ninguna referencia, sin embargo, a qué tipo de procedimiento debería aplicarse para personas «interceptadas en su intento de acceder a territorio español».

Posteriormente, se continúa con la reforma consecuente del ordenamiento de extranjería aprobando la norma que rige en la actualidad, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en cuya tramitación no faltaron las discrepancias que fueron la causa de las posteriores reformas, como las que incorporaron las Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre; 11/2003, de 29 de septiembre; 14/2003, de 20 de noviembre; 2/2009, de 11 de diciembre; 10/2011, de 27 de julio; 8/2015, de 22 de julio; así como el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, y, como veremos más en detalle, la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana que añade, entre otros, la polémica disposición adicional décima.

Este período estuvo marcado también por la tendencia europea de control de las fronteras y de gestión de la migración, marcadas por la Directiva de Retorno y el Plan Europeo de Inmigración y Asilo[1262]. Además, fruto de las desavenencias internas de la UE respecto los procesos de regularización masiva, en 2008 se firma el Pacto Europeo de Inmigración y Asilo y se limitan a regularizaciones «caso por caso» y no generales.

Queremos destacar que el Reglamento de desarrollo de la LOEX en vigor, esto es el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, está pendiente de revisión

[1261] Véase, en general, FERNÁNDEZ PÉREZ, A., *La regulación de las devoluciones…, op.cit.*
[1262] Véase en general, BARBERO, I., *Las Transformaciones del Estado y del Derecho ante el Control de la Inmigración,* Ikuspegi. Observatorio Vasco de Inmigración, Bilbao, 2010.

profunda, más allá de los cambios que ha introducido, especialmente respecto a los jóvenes tutelados, el Real Decreto 903/2021, de 19 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril. Asimismo, destacar el Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril[1263], con el objeto de para mejorar el modelo migratorio y favorecer la incorporación al mercado laboral de las personas migrantes.

Sin embargo, consideramos que también la norma madre debía ser objeto no solo de actualización a los cambios normativos, sino de una revisión más detenida, tal y como iremos advirtiendo a lo largo del capítulo, en lo que concierne al objeto de este trabajo, esto es, el ámbito de las expulsiones y devoluciones de extranjeros.

Igualmente, por lo que respecta a la protección de los solicitantes de asilo, sería necesario adaptar la normativa reguladora, dado que el reglamento en vigor con el que contamos sigue siendo el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo. Dicha actualización debería adaptarse, igualmente, tanto a la modificación del marco normativo europeo que se está estudiando en la actualidad, para cuyo análisis nos remitimos al capítulo sobre normativa UE, como a las circunstancias que obligan a adaptar la norma a la cambiante realidad. A este respecto, recordamos que no es hasta 2005 cuando el Ministerio del Interior se refiere por primera vez a la posibilidad de que personas llegadas «en pateras» puedan pedir asilo, a través de la Instrucción de la Secretaría de Estado de Seguridad núm. 20/2005, de 23 de septiembre, sobre control de la inmigración irregular que llega a España en embarcaciones. Dice la citada Instrucción que cuando «los interceptados manifiesten la intención de solicitar asilo, la petición tendrá la consideración de solicitud presentada en puesto fronterizo». Previsión, como otras de relevancia que iremos señalando, que no tiene reflejo en la norma de rango legal.

Finalmente, cabe apuntar que en 2015 se aprueba la Ley Orgánica 4/2015. Mediante esta Ley Orgánica se añade la citada disposición adicional a la LOEX, que regula el régimen especial de los enclaves de Ceuta y Melilla, como veremos a continuación.

[1263] BOE» núm. 179, de 27 de julio de 2022, páginas 107697 a 107715.

B. La frontera de Ceuta y Melilla

Para comprender mejor el tejido normativo que regula la inmigración y la extranjería en España es preciso hacer una alusión especial a las fronteras de Melilla y Ceuta. Ambos territorios conforman los únicos enclaves de la Unión Europea en el continente africano, en una suerte de límite económico, geopolítico y religioso entre continentes, con la amenaza constante de desbordamiento por la difícil situación económica, los conflictos armados y la inestabilidad política que los rodean.

A pesar de las reivindicaciones marroquíes, más por ósmosis cultural y geográfica que por un reconocimiento legal unánime, la realidad jurídica muestra que ambos enclaves forman parte del territorio español. Desde que Castilla conquistara Melilla en 1497, por encargo de la casa ducal de Medina Sidonia, y Portugal hiciera lo propio con Ceuta en 1415, lo cierto es que ambas ciudades han estado ligadas al territorio español, con una ventaja temporal evidente en el caso de Melilla, ya que Ceuta pasó a manos españolas con casi un siglo de diferencia, cuando Portugal renunció a sus derechos sobre ella. La plaza ceutí situada en la boca del Estrecho pasó de ser poco más que un reducto de presidiarios a transformarse, a partir de la Guerra de África con Marruecos (1859-60), en una sólida plaza de soberanía española.

La creación del protectorado español en el norte de África (1912-1956) tampoco alteró la situación de estos dos territorios que quedaron excluidos del mismo y, por tanto, mantuvieron su vinculación con la Península, sin que experimentaran variación alguna una vez concluido, puesto que España no había cedido un ápice de su soberanía al recién independizado Estado de Marruecos. En su evolución administrativa fueron configurados como municipios andaluces tras la guerra civil –como precedente de los antecedentes poco pacíficos de la zona baste recordar que la sublevación militar se inicia en Melilla–, y, posteriormente, pasaron a ser ciudades autónomas (1995), un «híbrido jurídico» entre comunidad autónoma y municipio.

En todo este tiempo, Marruecos no ha cesado de reclamar la «marroquinidad» de estos enclaves, especialmente durante los años 60 y 70, llegando incluso a solicitar su devolución ante la ONU, petición no amparada unánimemente por el Derecho internacional, ya que finalmente no fueron incluidos, tal y como pretendía Marruecos, en el listado de territorios pendientes de descolonización, puesto que Ceuta y Melilla habían pertenecido a España de forma ininterrumpida varios siglos antes de que Marruecos existiera como entidad política.

De esta manera ambos territorios se han convertido en la única vía para que los inmigrantes que proceden (o huyen) de África puedan entrar en el territorio de la Unión Europea sin cruzar el mar o el espacio aéreo. España, por su parte, es considerado como

país de entrada que pertenece al Espacio Schengen, aunque Ceuta y Melilla tienen un régimen especial al margen de la aplicación del Código Schengen. En cualquier caso, la pertenencia de España en global a este espacio supone, además del derecho de proteger sus fronteras como Estado soberano, el deber, por su compromiso con dicho Acuerdo, de impedir el cruce no autorizado, de luchar contra la delincuencia transfronteriza y de adoptar medidas contra las personas que crucen la frontera de forma ilegal.

Esta situación se ha ido produciendo de forma creciente, aumentando así la presión migratoria que soporta la frontera hispano-marroquí, que exige el despliegue de todos los medios legítimos disponibles para controlar los flujos migratorios, especialmente los irregulares, comenzando con la vía de la cooperación entre ambos países. Cabe recordar aquí además el Tratado de Amistad, Buena Vecindad y Cooperación entre el Reino de España y el Reino de Marruecos de 1991 y, especialmente el Acuerdo relativo a la Circulación de Personas, el Tránsito y la Readmisión de Extranjeros Entrados Ilegalmente de 1992[1264], que permite la devolución a Marruecos de personas de terceros países que no sean solicitantes de asilo, conocido como «Acuerdo Corcuera», ya que fue rubricado por José Luis Corcuera, entonces ministro de Interior del Gobierno español, y su homólogo marroquí. Sin embargo, no entró en vigor hasta **veinte** años después, en 2012.

Otros acuerdos a mencionar son el Acuerdo de Movilidad UE-Marruecos (*EU-Morocco Mobility Partnership*), firmado en 2013, o más recientemente los 11 acuerdos bilaterales (entre ellos, uno sobre inmigración irregular) firmados entre ambos países en febrero de 2019, año en que se redujeron los intentos colectivos de entrada a través de la valla fronteriza, fruto de la colaboración entre las autoridades españolas y marroquíes tras la reactivación del referido Acuerdo Corcuera, y del endurecimiento del dispositivo fronterizo en el lado marroquí del perímetro.

[1264] Tal y como recuerda el CEAR, en su *Informe 2015 sobre Marruecos – Desprotección y vulneración de los derechos de las personas migrantes y refugiadas en las puertas de Europa*, «el acuerdo hispano-marroquí de 1992, que contempla la readmisión de personas procedentes de terceros países, no contiene mención alguna al respeto de los Derechos Humanos en los países de destino y en las excepciones a la obligación de readmisión que figuran en el artículo 3 del Acuerdo, y no reflejan el principio de no devolución (non-refoulement)» (p. 9). En este mismo sentido, Amnistía Internacional España ha transmitido al Ministerio de Interior que deben paralizarse las expulsiones exprés desde España a Marruecos. Su director, Esteban Beltrán, incidió en la celeridad con que se llevaron a cabo estas expulsiones de tal manera que «difícilmente pueden garantizar el acceso a un procedimiento individualizado con todas las garantías, y por tanto, a una asistencia letrada y de intérprete de calidad, así como a una identificación adecuada de potenciales solicitantes de asilo, menores extranjeros no acompañados o miembros de colectivos con necesidades específicas como las personas LGBTI». Véase AMNISTÍA INTERNACIONAL, «Deben paralizarse las expulsiones exprés desde España a Marruecos», *Amnistía Internacional*, 23 de agosto de 2018. Disponible en https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/deben-paralizarse-las-expulsiones-expres-desde-espana-a-marruecos/ [consulta: 31-05-2023].

A ello hay que añadir que Marruecos, que ya es un país de emigración[1265], tiene un estatuto avanzado con la UE desde 2008, que le convierte en aliado clave de la Unión Europea en el sur del Mediterráneo en cuestiones de especial interés para la Unión como es la migración, aunque con resultados desiguales en los últimos años[1266].

Junto con las políticas de cooperación, el control y la contención han tenido una gran presencia, aunque la delimitación fronteriza no se produce hasta finales del siglo XIX, haciéndose en sus orígenes por medio de hitos –mugas– y no con la instalación de vallado alguno. No será hasta 1971 cuando una epidemia de cólera motivó que se perimetrara la frontera con una verja de un metro de altura[1267].

Sin embargo, con anterioridad a la existencia física de la valla, ya había que considerar la existencia de una frontera entre los territorios españoles y marroquíes, recordando que, por frontera, se entiende el elemento técnico que permite la separación de los espacios, terrestres, marítimos y aéreos, pertenecientes a dos o más Estados[1268].

Centrándonos en Melilla, las fronteras entre España y Marruecos se encuentran contempladas en varios tratados internacionales. En particular, en el Convenio de 24 de agosto de 1859 relativo a la Delimitación de las Fronteras Españolas con Marruecos en las Plazas de Ceuta y Melilla, el Acta de Demarcación de los Límites de la Plaza de Melilla de 26 de junio de 1862 y el Acuerdo relativo a la Conservación de los Límites de la Plaza de Melilla de 14 de noviembre de 1863 y, finalmente, el Tratado de Paz y Amistad

---

1265 Según datos de Migration Policy Institute son más de 3 millones de personas procedentes de Marruecos se encuentran en diferentes países de la Unión Europea. Véase DE HAAS, H., «Morocco: Setting the Stage for Becoming a Migration Transition Country?», *Migration Policy Institute*, 19 de marzo de 2014. Disponible en https://www.migrationpolicy.org/article/morocco-setting-stage-becoming-migration-transition-country [consulta: 31-05-2023].

1266 Recordamos que, a nivel internacional, Marruecos es parte de la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, así como de diversos instrumentos internacionales de Derechos Humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ambos de 1966), la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1965, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes de 1984, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1998, la Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990 y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. A nivel interno, en lo que respecta al desarrollo normativo del régimen migratorio en Marruecos, el gobierno marroquí aprobó en el año 2003 la Ley n.º 02-0319 de 11 de noviembre, sobre Entrada y Estancia de Extranjeros en Marruecos, Migración Irregular y Emigración, que establece reglas sobre la entrada y la estancia de personas extranjeras en Marruecos, contemplando algunos derechos y estableciendo sanciones con respecto a la migración irregular, sin regular de forma específica el asilo.

1267 SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., «Las "devoluciones en caliente" en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, AS. N.D. y N.T. vs España, de 03.10.2017)», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 65, enero-marzo 2018.

1268 La frontera tiene como finalidad definir el espacio físico sobre el que el Estado ejerce sus competencias territoriales y personales y sobre el que aplica con plenitud de derechos su legislación interna de cualquier tipo y su jurisdicción sobre las personas que se encuentran dentro del citado territorio; incluidos los extranjeros que han traspasado la frontera, tanto si lo han hecho de forma legal como ilegal.

celebrado entre España y Marruecos, firmado en Tetuán el 26 de abril de 1860. El artículo 6 de este Tratado se refiere expresamente a «terrenos neutrales concedidos por S. M. el Rey de Marruecos a las plazas españolas de Ceuta y Melilla», de donde se debe deducir que los territorios neutrales no forman parte de la frontera y están ubicados dentro de territorio español. Este precepto ha llevado a considerar que el terreno entre vallas es suelo español y está sujeto a su soberanía[1269].

Posteriormente, la construcción del vallado en la ubicación que hoy se le conoce comienza en 1998, por decisión del entonces Gobierno del Partido Popular, creando una situación no prevista por la legislación nacional e internacional en materia de extranjería. Aunque recordamos que España no es el único país de la Unión Europea que ha recurrido a este sistema: Grecia y Bulgaria, por ejemplo, también lo han utilizado, amparados por la facultad soberana del Estado que tiene el derecho y deber de controlar sus fronteras.

Pero, si hubo una primera fecha que marcó un antes y un después en las devoluciones de inmigrantes que intentaban entrar a través de la frontera hispano-marroquí, fue el año 2005, cuando por decisión, esta vez, del Gobierno del Partido Socialista, se aumentó al doble la altura de la valla, de nuevo ante la justificación de los asaltos masivos. Esta es la fecha en la que constan de manera evidente las primeras «expulsiones colectivas» por parte del Gobierno español, las llamadas «devoluciones en caliente», llevadas a cabo sin asistencia letrada y sin un examen individualizado que permitiese al extranjero hacer alegaciones o incluso solicitar protección internacional y, por tanto, sin cumplir, como veremos, con lo dispuesto en la LOEX[1270]. Para añadir más presión a la frontera terrestre, poco después se producía el «cierre» en la ruta migratoria atlántica hacia las Islas Canarias, en concreto, a partir del año 2006 con motivo de la llamada «crisis de los cayucos», que constituyó otro de los múltiples factores que impulsaron, más si cabe, el desplazamiento de los flujos migratorios hacia Ceuta y Melilla[1271].

La segunda de las fechas clave se produce a partir de 2014 (tras nuevos asaltos masivos a las vallas fronterizas y el episodio de la playa El Tarajal en Ceuta)[1272], se

[1269] Véase el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Melilla, de 11 de septiembre de 2014, por el que se imputa al Jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla por la entrega de extranjeros a las autoridades marroquíes sin observar la legislación española sobre extranjería.

[1270] Véase, en general, SOLER GARCÍA, C., «La prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial referencia al caso de España», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 45, 2018.

[1271] Así, si en el año 2006 más de 31.000 personas migrantes llegaron a las Islas Canarias en embarcaciones, en 2014 fueron menos de 300 personas.

[1272] El 6 de febrero de 2014, «alrededor de 200 personas inmigrantes intentaron entrar en Ceuta. Aproximadamente 90 alcanzaron la zona fronteriza de la playa del Tarajal, e intentaron cruzar a nado. Al menos 14 murieron ahogadas, una desapareció, y 23 fueron devueltas a las autoridades marroquíes desde la misma playa y sin acceso a ningún procedimiento formal. Mientras estas personas se encontraban en el agua, agentes de la Guardia Civil intentaron evitar que alcanzaran tierra firme mediante el uso excesivo de

instalaron segundas vallas, y una tercera en el caso de Melilla, en un perímetro aproximado de 13 km.

Por parte del gobierno marroquí, se adoptó en 2014 una nueva política migratoria, comenzando un proceso inédito de regularización en el Magreb, al otorgar, durante el plazo de un año, un período para solicitar la regularización de aquellos extranjeros residentes que no lo fueran de manera legal. Los criterios para solicitarla fueron: la residencia en Marruecos durante 5 años, las razones humanitarias o de enfermedad, o 2 años de matrimonio con una persona marroquí. Al término del plazo para dicha regularización, la mayor parte de las resoluciones favorables fueron de mujeres[1273].

Estas medidas, que pretendían favorecer la permanencia en territorio marroquí, no tuvieron un impacto claro en el número de inmigrantes irregulares que llegaron desde Marruecos ese año a España a través de Ceuta y Melilla, 7.485 en total (un 77% más que en 2013)[1274]. Aunque, según datos del Ministerio de Interior, la cifra más preocupante fue

---

la fuerza y de material antidisturbios, como pelotas de goma, salvas detonadoras, y botes de humo, como reconocieron posteriormente las autoridades españolas que testificaron sobre el caso Tarajal». El 13 de febrero de 2015, «la jueza de instrucción del caso cita a declarar a 16 guardias civiles que estuvieron presentes la mañana de los hechos en el despliegue policial organizado en la playa de El Tarajal». El 15 de octubre de 2015, «el juzgado de instrucción nº 6 de Ceuta dicta el sobreseimiento provisional del caso Tarajal y el archivo de las actuaciones por el delito de homicidio y lesiones imprudentes. Acto seguido CEAR presenta un recurso de apelación a este sobreseimiento, al entender que "sí hay indicios de delito" y que deben de seguir investigándose las circunstancias y la responsabilidad en relación a los 15 fallecimientos». El 13 de enero de 2017, «la Audiencia de Ceuta admite los recursos de apelación de CEAR, Coordinadora de Barrios y Observatorio DESC, y ordena reabrir la investigación del caso Tarajal». El 27 de enero de 2018, «la Audiencia de Ceuta vuelve a archivar el caso Tarajal. CEAR y Coordinadora de Barrios, entidades personadas como acusación particular, denuncian que no se ha tomado declaración a dos de los supervivientes que residían en Alemania y cuyo testimonio había sido acordado por el mismo juzgado a través de videoconferencia, ya que no tienen permiso de residencia». El 31 de agosto de 2018, «la Audiencia de Cádiz reabre nuevamente el caso Tarajal. El tribunal estima el recurso de apelación contra el archivo de la causa presentado por CEAR y otras organizaciones. La "resolución firme y contra la que no cabe recurso alguno" considera que no se ha realizado el más mínimo intento de oír a los testigos propuestos y admitidos». El 24 de septiembre de 2019, «la magistrada del juzgado de instrucción número 6 de Ceuta procesa a los 16 agentes de la Guardia Civil investigados en el caso Tarajal. La jueza argumenta entonces que "si bien es cierto la protección de la frontera se activa frente a intentos de entrada ilegal, no puede dar pábulo a sobreentender, ni remotamente, que las fronteras o espacios entre las mismas son zonas de excepción en relación a los derechos humanos". También que los guardias civiles "podían haber auxiliado a los migrantes y se abstuvieron sin causa que justifique su omisión"». El 30 de octubre de 2019, «el caso Tarajal queda archivado por tercera vez. La misma jueza que procesó un mes antes a los guardias civiles decide el sobreseimiento de la causa, en aplicación de la doctrina Botín, tras los recursos presentados por la Abogacía del Estado, la Fiscalía y las defensas particulares. La magistrada ceutí defiende el archivo destacando la falta de acusación particular, pese a que las familias de seis víctimas del Tarajal, procedentes de Camerún, han solicitado en dos ocasiones su personación como acusación particular en el caso que investiga la muerte de sus hijos, pero el juzgado de Ceuta ha rechazado ambas peticiones. Al día siguiente, CEAR recurre esta decisión ante la Audiencia Provincial, que aún no se ha pronunciado sobre dicho recurso». CEAR, «Caso Tarajal: 15 muertes y seis años de impunidad», CEAR, 6 de febrero de 2023. Disponible en https://www.cear.es/caso-tarajal/ [consulta: 31-05-2023].

[1273] Al término del plazo para dicha regularización, 17.916 solicitudes de un total de 27.332 fueron resueltas favorablemente, la mayoría de mujeres, según datos extraídos de CEAR, *Marruecos: Desprotección y vulneración de derechos de las personas migrantes y refugiadas a las puertas de Europa*, Madrid, 2015, p. 13.

[1274] De los cuales 3.305 procedían de Siria.

el registro de cerca de 19.000 intentos de entradas irregulares (350% más que el año anterior), lo que significaría cerca de 52 intentos de entrada al día, una presión considerablemente difícil de contener.[1275]

De los 32.513 inmigrantes irregulares que llegaron a España por vía marítima o terrestre en 2019 (consideramos este año de referencia y no 2020 ya que fue un año atípico por las circunstancias de pandemia que influyeron en la llegada de inmigrantes), cerca de un 20% (6.345) lo hicieron vía terrestre a través de Ceuta y Melilla, y de ellos, la mayoría (4.984), entraron a través de Melilla[1276]. La llamada «ruta occidental» del Mediterráneo, la que se dirige a España, se ha convertido en el principal canal de entrada a la UE de migración irregular detectada en frontera.

Comparado con el año anterior, las cifras de inmigración irregular en 2019 descendieron considerablemente. Probablemente, ha influido en ello la mejora de las relaciones entre España y Marruecos en ese tiempo, considerando que en 2018 se habían registraron las mayores cuotas de entradas en la historia contemporánea de España, llegando más del doble de extranjeros de manera irregular[1277]. Sin embargo, la situación política vuelve a complicarse en la primera mitad de 2021, destapando la mayor entrada de inmigrantes de manera irregular (se calcula más de 9.000) principalmente en Melilla.

Respecto a las solicitudes de asilo en los puestos fronterizos terrestres de Melilla y Ceuta, no fue hasta septiembre de 2014, cuando se formalizó en Melilla la primera solicitud en un puesto fronterizo terrestre en la historia de España. Tras casi cinco años desde esa primera solicitud, el puesto fronterizo de Beni-Enzar es, junto con Barajas, el puesto fronterizo con más solicitudes de España.

Para finalizar la contextualización histórico-normativa en general, cabe hacer referencia a las circunstancias de la pandemia de COVID-19, que han marcado especialmente los años 2020 y 2021, imponiendo restricciones sanitarias a todos los niveles y estableciendo controles especiales y cierres de fronteras, tal y como veremos en el siguiente capítulo. Para comenzar, con la Orden INT/239/2020, de 16 de marzo, se restablecieron los controles en las fronteras interiores terrestres, como medida complementaria a las restricciones a la movilidad dentro del territorio español previstas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma, para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

[1275] Véase MINISTERIO DEL INTERIOR, *Inmigración irregular 2019: datos acumulados del 1 de enero al 31 de diciembre*. Disponible en https://www.interior.gob.es/opencms/gl/prensa/balances-e-informes/ [consulta: 31-05-2023].

[1276] Véase MINISTERIO DEL INTERIOR, *Inmigración irregular 2019: datos acumulados del 1 de enero al 31 de diciembre*. Op.cit.

[1277] Véase en global, GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C., «Inmigración en España: una nueva fase de llegadas», *ARI*, 28/2019.

Dicha medida se adoptó en virtud del artículo 28 del Código de Fronteras Schengen, con la máxima duración permitida, de diez días, lo que ha ido exigiendo una cascada de prórrogas a medida que continuaba la emergencia creada por la pandemia, como desarrollaremos más en el apartado siguiente al tratar la libre circulación de los extranjeros. Sin olvidar que Ceuta y Melilla tienen un régimen especial al margen de la aplicación del Código Schengen, como ya hemos señalado, conforme al art. 36 del mismo[1278].

Por último, destacar que en 2022, se ha batido un nuevo record de entrada a través de Ceuta y Melilla. En el caso de Melilla, llegaron 1.175 personas por vía terrestre y 169 por vía marítima172, respecto a las 1.092 por vía terrestre y las 39 por vía marítima del año anterior. No se produjo ningún salto a la valla en la segunda mitad de año, coincidiendo con el anuncio del aumento de financiación a Marruecos por parte de la Unión Europea y España para el «control de la inmigración irregular», suponiendo el endurecimiento del control fronterizo por parte de las autoridades marroquíes. En 2022, entraron en Ceuta 1114 personas migrantes por vía terrestre y 124 por vía marítima, en comparación con las 753 y las 404, respectivamente, del año anterior.

Por otro lado, cabe recordar que las relaciones entre España y Marruecos tras el cambio de postura con respecto al Sáhara Occidental llevaron a la apertura de la frontera terrestre de Ceuta y Melilla el 17 de mayo de 2022[1279].

IV. REGULACIÓN DE LA ENTRADA DE EXTRANJEROS EN ESPAÑA: DENEGACIÓN DE ENTRADA O RECHAZO EN FRONTERA, Y RECHAZO EN LA FRONTERA DE CEUTA Y MELILLA

A. La regulación de la entrada en la Ley Orgánica de Extranjería

Para entender el contexto que permite la posibilidad de restringir los derechos a entrar, residir o transitar por territorio nacional, es preciso comenzar analizando la regulación de la entrada en España, cuyo objeto es el de favorecer la realización de los fines de la política inmigratoria que corresponde al Gobierno (art. 2 bis LOEX).

[1278] Artículo 36: «Ceuta y Melilla. Las disposiciones del presente Reglamento no afectarán al régimen especial aplicable a las ciudades de Ceuta y Melilla, tal como se define en la Declaración del Reino de España relativa a las ciudades de Ceuta y Melilla, que figura en el Acta final del Acuerdo sobre la adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985».
[1279] CEAR, *Informe Situación de la Frontera Sur.* Pp 91 y 92, Madrid, 2023.

La entrada en nuestro territorio se regula en los artículos 25 a 27 de la LOEX y en los artículos 1 a 18 del RLOEX. Esta normativa habrá de completarse con el «acervo Schengen» y las medidas de la UE en materia de control de fronteras exteriores, asilo e inmigración (art. 79 TFUE), así como la normativa sobre la regulación de la inmigración y residencia ilegal, incluida la repatriación de residentes en situación irregular[1280] (recordemos que la normativa comunitaria está en proceso de modificación a raíz del Pacto Migratorio y de Asilo, actualmente pendiente de acuerdo por parte de la UE).

En concreto, en nuestro ordenamiento, el artículo 25 de la LOEX exige utilizar, como requisitos para entrar en España:

«Los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios».

En caso de incumplir los requisitos de entrada, se contemplan distintos efectos:

1. Denegación de entrada a los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos para la entrada, mediante resolución motivada, con información acerca de los recursos que puedan interponer contra ella y plazo para hacerlo (art. 26.2 LOEX).
2. Retorno al punto de origen (art. 60 LOEX), como efecto derivado de la prohibición de entrada en España en los puestos fronterizos habilitados de extranjeros que no cumplan los requisitos legalmente previstos (art. 26.2 LOEX y art. 15 del RLOEX), que en la derogada LOE era denominado «rechazo en frontera». Se trata de un acto administrativo carente de naturaleza sancionadora. A diferencia de los casos de expulsión, estamos ante una medida administrativa de policía tendente al mantenimiento del orden jurídico, que se adopta tras la tramitación del procedimiento oportuno sin que lleve aparejada la prohibición de entrada en territorio español y cuyo internamiento se rige por lo dispuesto en el citado artículo 60 LOEX.
3. Devolución de los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España (art. 58.3 a) LOEX), o de los que pretendan entrar ilegalmente

[1280] Véase la normativa comunitaria que se desarrolla en el capítulo propio al que nos remitimos, baste ahora recordar que el Acervo Schengen significa la creación de un espacio sin fronteras interiores. Los nacionales de terceros países podrán cruzar las fronteras interiores, en un periodo de 3 meses, con un «visado Schengen», a cargo de cada Estado, de acuerdo a los procedimientos previstos en su legislación interna.

(art. 58.3 b) LOEX), incluyendo «a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones» (art. 23.1 b) RLOEX).

Antes de comenzar a distinguir estas figuras, vamos a dar un avance de las cifras más relevantes a fecha de 2019 sobre las salidas forzosas, incluyendo las denegaciones de entrada, que representan casi la misma cantidad que la suma de los diferentes cauces de salidas forzosas juntos, tal y como se aprecia en el cuadro que mostramos a continuación.

DENEGACIONES DE ENTRADA Y SALIDAS FORZOSAS DE ESPAÑA 2015-2019

	2015	**2016**	**2017**	**2018**	**2019**
Denegaciones de entrada	8.069	9.041	9.249	9.504	10.567
Devoluciones	3.725	4.189	5.271	7.198	6.467
Expulsiones	6.869	5.051	4.054	4.181	4.677

Fuente: CALDERÓ, C. y CARDONA, D. (eds.), Vulneraciones de derechos humanos en las deportaciones, IRIDIA, Barcelona, 2020.

B. Supuestos en frontera: Denegación de entrada o rechazo en frontera

La denegación de entrada presupone, en principio, que la entrada que se pretende efectuar no es clandestina, sino que, a la vista de la autoridad española, es denegada, en su caso, por no cumplirse todos los requisitos procedentes para su autorización y conlleva, además, el retorno del extranjero. Esta figura se conoce también de manera fáctica como rechazo en frontera, y se contempló inicialmente por la derogada Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España para luchar contra la entrada de inmigración ilegal. Sin embargo, no volverá a encontrar acomodo legal hasta 2015, si bien cabe señalar que se introduce ahora en la LOEX como una figura nueva, pero solo para la situación específica en la frontera con Ceuta y Melilla, y con más semejanzas con la devolución –pues se produce en el contexto de intento de entrada ilegal– que con la denegación de entrada, motivo por el cual lo estudiaremos en detalle en el capítulo siguiente sobre la devolución.

La tradicional denominación fijada por la derogada LO 7/1985 de las medidas de «rechazo en frontera» y «devolución», fue sustituida en la actual LOEX por los confusos términos de «retorno con internamiento» y «retorno». La posterior reforma cursada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, recogió el término retorno para referirse al anterior rechazo en frontera.

En Europa, en 2019, se produjeron 753.835 rechazos o denegaciones en frontera, de los cuales, más de la mitad (493.455) se contabilizaron en las fronteras españolas[1281]. De ahí la importancia de esta medida, cuyo carácter es administrativo no sancionador. Se trataría, por tanto, de una decisión administrativa adoptada por un agente del Cuerpo Nacional de Policía –cuerpo encargado del control migratorio en los puestos fronterizos– de no autorizar a un extranjero el acceso al territorio nacional por los puestos fronterizos habilitados al efecto por considerar que no reúne los requisitos establecidos en la normativa de extranjería, tal como establecen, en concreto, los art. 26.2 y 60 de la LOEX, y desarrolla en detalle el artículo 15 RLOEX.

El hecho de que no sea en sí un acto sancionador no implica que esté exento de garantías de procedimiento. En este sentido, se determina expresamente como requisito la obligación de dictarse por resolución motivada, con información acerca de los recursos que puedan interponerse contra ella, plazo y autoridad ante quien deben formalizarlo, así como del derecho a la asistencia letrada, que podrá ser de oficio, y el derecho a ser asistido por intérprete, ambas gratuitas en el caso de que el interesado carezca de recursos económicos suficientes, de acuerdo con lo previsto en la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita.

Según el art. 15, apartados 4 y 5, del RLOEX:

> «4. Al extranjero al que le sea denegada la entrada en el territorio nacional por los funcionarios responsables del control, de conformidad con lo dispuesto en los acuerdos internacionales suscritos por España, se le estampará en el pasaporte un sello de entrada tachado con una cruz de tinta indeleble negra, y deberá permanecer en las instalaciones destinadas al efecto en el puesto fronterizo hasta que, con la mayor brevedad posible, retorne al lugar de procedencia o continúe viaje hacia otro país donde sea admitido.
>
> La permanencia del extranjero en estas instalaciones tendrá como única finalidad garantizar, en su caso, su regreso al lugar de procedencia o la continuación de su viaje hacia otro país donde sea admitido. La limitación de la libertad ambulatoria del extranjero responderá exclusivamente a esta finalidad en su duración y ámbito de extensión.

[1281] Eurostat, fuentes estadísticas 2020.

Las instalaciones estarán dotadas de servicios adecuados y, especialmente, de servicios sociales, jurídicos y sanitarios acordes con su cifra media de ocupación.

5. Durante el tiempo en que el extranjero permanezca en las instalaciones del puesto fronterizo o en el lugar en que se haya acordado su internamiento, todos los gastos de mantenimiento que se ocasionen serán a cargo de la compañía o transportista que lo hubiese transportado, siempre que no concurra el supuesto de transportar a un solicitante de protección internacional, previsto en el apartado 3 del artículo 54 de la LOEX, y sin perjuicio de la sanción pueda llegar a imponerse».

Como consecuencia, en caso de que se produzca la denegación de entrada, el extranjero estará obligado a regresar a su punto de origen, en el plazo más breve posible. En caso de que el regreso se fuera a retrasar más de 72 horas, dispone el artículo 60.1 LOEX que «la autoridad que hubiera denegado la entrada se dirigirá al Juez de Instrucción para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta ese momento», conforme a los requisitos que establece la Ley en dicho artículo.

El art. 15.6 RLOEX señala que:

«La limitación de la libertad ambulatoria de un extranjero a efectos de proceder al regreso a consecuencia de la denegación de entrada será comunicada a la embajada o consulado de su país. No obstante, en caso de que dicha comunicación no haya podido realizarse o la embajada o consulado del país de origen del extranjero no radique en España, dicha situación será comunicada al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación».

Es preciso añadir también que la decisión de denegación de entrada será recurrible, y las resoluciones sobre denegación de entrada y devolución no agotan la vía administrativa, al contrario de lo que sucede con las resoluciones sobre la expulsión (disposición adicional decimocuarta del RLOEX). Asimismo, conforme al art. 15.2 RLOEX, «si el extranjero no se hallase en España, podrá interponer los recursos que correspondan, tanto en vía administrativa como jurisdiccional, a través de las representaciones diplomáticas u oficinas consulares correspondientes, que los remitirán al órgano competente».

A los efectos del reconocimiento del derecho a asistencia jurídica gratuita, previsto en el artículo 22.3 de la LOEX, entiende el art. 15.2 RLOEX que:

«El extranjero que se hallase privado de libertad podrá manifestar su voluntad de interponer recurso contencioso-administrativo o de ejercitar la acción correspondiente contra la resolución que ponga fin a la vía administrativa, ante el Delegado o Subdelegado del Gobierno competente o el Director del Centro de Internamiento de Extranjeros o el responsable del puesto

fronterizo bajo cuyo control se encuentre, que lo harán constar en acta que se incorporará al expediente».

Observamos que el legislador introduce un «aliciente» a la compañía de transportes para que extreme el control, en la medida de sus posibilidades, de la posesión documental necesaria para entrar en el país de manera regular, ya que traslada a las mismas los costes de mantenimiento y de traslado del extranjero en caso de denegación y regreso (artículo 15.5 RLOEX).

Finalmente, cuando existiesen acuerdos sobre la readmisión de las personas en situación irregular suscritos por España[1282], los funcionarios responsables del control, una vez facilitada la información a que se refiere el art. 26.2 LOEX, «denegarán, en los términos previstos en los citados acuerdos, la entrada de las personas a las que les sean de aplicación, siempre que la denegación se produzca dentro del plazo previsto en los mismos» (art. 15.1 RLOEX).

C. Inadmisión y denegación en frontera de solicitud de protección internacional

Manteniéndonos en el contexto de la ausencia de requisitos necesarios para entrar en España, en el ámbito general, otra situación que puede producirse en la frontera es la inadmisión o la denegación de una solicitud de protección internacional, figura que no debe confundirse con el rechazo en la frontera ante intento de entrada ilegal previamente analizado. En este caso, estamos ante un supuesto concreto de extranjero, el solicitante de protección internacional[1283].

Por tanto, deberá aplicarse lo dispuesto en la Ley 12/2009 de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de protección subsidiaria. En concreto, ha de seguirse lo dispuesto en el artículo 21.1 de la Ley 12/2009[1284], que regula la inadmisión a trámite aplicable a la «persona extranjera que no reúna los requisitos necesarios para entrar en territorio español y presente una solicitud de protección internacional en un puesto fronterizo».

[1282] Véanse los acuerdos de readmisión que analizamos en el apartado sobre las repercusiones de la pandemia en las salidas forzosas.

[1283] Considerando que los efectos de la presentación de una solicitud de protección internacional son la imposibilidad de retorno, devolución, expulsión o ejecución de un fallo de extradición, dando lugar al inicio del cómputo de los plazos de tramitación, todo ello analizado en el capítulo correspondiente al principio de *non refoulement*, al que nos remitimos.

[1284] La tramitación de las solicitudes de reconocimiento de protección internacional se contempla en el art. 21.1 del referido texto legal (inadmisión a trámite), en el art. 21.2 (denegación de la solicitud a través de la prosecución de un procedimiento sumario), en el art. 24 (procedimiento ordinario) y en el art. 25 (procedimiento de urgencia).

El apartado 2 añade que «el Ministro del Interior podrá denegar la solicitud mediante resolución motivada, que deberá notificarse en el plazo máximo de cuatro días»[1285], siempre que en dicha solicitud concurra alguno de los siguientes supuestos:

4. Los previstos en las letras c) (cuestiones que no guarden relación), d) (solicitante de país seguro) y f) (supuestos de exclusión) del apartado primero del artículo 25 que regula el trámite de urgencia.
5. Cuando la persona solicitante hubiese formulado alegaciones incoherentes, contradictorias, inverosímiles, insuficientes (…).

Si no se diera ninguno de los supuestos anteriores, habría que admitir expresamente a trámite la solicitud y darle «en todo caso» la tramitación propia del procedimiento de urgencia (art. 25.2).

Tal y como ha entendido la Audiencia Nacional en su Sentencia 2752/2017, de 26 de junio de 2016, entre otras, los elementos necesarios para aplicar el procedimiento en frontera son «de una parte, que el extranjero no tenga derecho a entrar (tal es el caso de autos en que la entrada en territorio nacional es ilegal), y de otra, que la presentación de la solicitud debe realizarse en frontera». En todo caso, a las solicitudes presentadas en puestos fronterizos se les aplica su propio régimen de inadmisión/denegación y no el procedimiento ordinario (artículo 24) ni el de urgencia (artículo 25) de la Ley 12/2009.

Así las cosas, y aun cuando la solicitud no se haya presentado en el instante en que se pretende la entrada en territorio nacional, la presentación en frontera faculta a la Administración a seguir el procedimiento del artículo 21 de la Ley 12/2009. En este sentido, por ejemplo, el art. 25.2 de la Ley 12/2009 dispone que «cuando la solicitud de protección internacional se hubiera presentado en un centro de Internamiento para Extranjeros, su tramitación deberá adecuarse a lo dispuesto en el art. 21 de esta Ley para las solicitudes en frontera».

A este respecto cabe recordar la opinión casacional del Tribunal Supremo, de 29 de octubre de 2019, donde fija el siguiente criterio interpretativo de la remisión que el art. 25.2 efectúa al artículo 21 de la Ley 12/2009 en las solicitudes de asilo presentadas en los CIE:

«El reenvío efectuado por el artículo 25.2 de la Ley 12/2009 de 30 de octubre al régimen de las peticiones efectuadas en puestos fronterizos, contempladas en su artículo 21, no es integral dadas las peculiaridades, muy relevantes, de la situación de los internados en los CIE (mediante auto motivado del Juez competente, previa audiencia del afectado y del Ministerio Fiscal, por plazo máximo predeterminado legalmente); 2) La presentación de solicitud de asilo comporta: a)

[1285] Computados en la forma establecida en el art. 30 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

la imposibilidad de llevar a efecto la expulsión, para cuya ejecución fue autorizado, en este caso, el internamiento en el CIE, y, b) el inicio del cómputo de los plazos de tramitación (art. 19.1.5 de la Ley 12/09); 3) La falta de respuesta a dicha solicitud en el plazo de cuatro días (computados en la forma establecida en el art. 30 de la Ley 39/15), desde la petición, implica –*ex lege*- su tramitación por el procedimiento ordinario, y, una vez finado el plazo máximo para el que fue autorizado el internamiento, sin haber concluido dicho procedimiento con resolución expresa (pues el plazo del silencio no quedará nunca cubierto por el auto que autoriza el internamiento), se autorizará su permanencia provisional en España, a resultas de lo que se acuerde (expresa o presuntamente) en aquel»[1286].

Recordamos que, de acuerdo al art. 21, apartados 4 y 5, de la Ley 12/2009:

> «4. Contra la resolución de inadmisión a trámite o de denegación de la solicitud se podrá, en el plazo de dos días contados desde su notificación, presentar una petición de reexamen que suspenderá los efectos de aquella. La resolución de dicha petición, que corresponderá al Ministro del Interior, deberá notificarse a la persona interesada en el plazo de dos días desde el momento en que aquélla hubiese sido presentada.
>
> El transcurso del plazo fijado para acordar la inadmisión a trámite, o la denegación de la solicitud en frontera, la petición de reexamen, o del previsto para resolver el recurso de reposición sin que se haya notificado la resolución de forma expresa, determinará su tramitación por el procedimiento ordinario, así como la autorización de entrada y permanencia provisional de la persona solicitante, sin perjuicio de lo que pueda acordarse en la resolución definitiva del expediente»[1287].

Por otro lado, continuando con el procedimiento en frontera, es preciso considerar la citada Directiva 2013/32/UE. La norma comunitaria, bajo el título «procedimientos fronterizos», prevé la posibilidad de realizar la petición en la propia frontera o en zonas habilitadas al efecto, permitiendo que los Estados miembros puedan, de conformidad con los principios y garantías fundamentales del capítulo II, estipular procedimientos en la frontera o en las zonas de tránsito del Estado miembro para tomar decisiones sobre la admisibilidad de la solicitud o el fondo de la misma[1288]. Los Estados miembros garantizarán que se tome una decisión dentro de un plazo razonable. Si no se ha tomado

---

1286 STS 3410/2019, de 29 de octubre de 2019, FJ 3º.

1287 Véase la STS 2382/2016, de 7 de noviembre de 2016: «En cuanto a la forma de computar el plazo de dos días para la resolución de la petición de reexamen, la constante jurisprudencia de esta Sala ha declarado que el cómputo debe ser de hora a hora y sin descontar los días inhábiles (STS de 5 de diciembre de 2007 -casación 4050/2004 -, de 30 de junio de 2006 -casación 5386/2003 - y 6 de noviembre de 2006 -casación 4964/2003-, entre otras muchas)».

1288 Véase BARBERO GONZÁLEZ, Iker, "¿Acogida o sanción? Reacciones del régimen de fronteras ante los refugiados", en La crisis de las personas refugiadas y su impacto sobre la UE: causas, impactos, asilo, políticas de inmigración, asilo, marco jurídico (Francisco Javier de Lucas Martín et al.), EUROBASK, Vitoria, 2016, pp. 337-345.

una decisión antes del transcurso de cuatro semanas, se concederá al solicitante la entrada al territorio del Estado miembro para que se tramite su solicitud.

El apartado 3 del art. 43 de la citada Directiva prevé lo siguiente:

«En caso de llegadas de un número elevado de personas que presenten una solicitud de protección internacional en la frontera o en las zonas de tránsito, que imposibiliten en la práctica la aplicación de lo dispuesto en el apartado 1, podrán aplicarse también esos procedimientos a condición de que dichos nacionales de terceros países o apátridas sean alojados en condiciones normales en las proximidades de la frontera o de la zona de tránsito».

Cabe, por tanto, en determinados supuestos, el traslado a centros adecuados, al objeto de poder tramitar la petición en frontera, siendo lo relevante que el procedimiento y la entrevista sean realizados con todas las garantías, permitiendo al interesado exponer sus motivos, posibilitar una defensa efectiva, la presencia de un traductor, la comunicación al ACNUR, etc., tal como disponen los artículos 8 y 12 de la citada Directiva.

Por su parte, el artículo 22 de la Ley 12/2009 prevé este supuesto, no refiriéndose necesariamente a una llegada numerosa. En este sentido, establece que, en caso de inadmisión a trámite o denegación –esto es, durante la tramitación de la petición de reexamen y del recurso de reposición previstos en los apartados 4 y 5 del artículo 21 de la Ley–, así como en los supuestos en los que se solicite la adopción de las medidas del art. 29.2, «la persona solicitante de asilo permanecerá en las dependencias habilitadas a tal efecto».

Tal y como ha precisado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 53/2002, de 27 febrero:

«Durante el tiempo en que el solicitante de asilo permanece en "dependencias adecuadas" rigen, por principio, los derechos fundamentales derivados de la dignidad de la persona que la Constitución reconoce a todas las personas sometidas a los actos de los poderes públicos españoles»[1289].

De esta forma, los solicitantes de asilo disfrutan del derecho a la libertad que el art. 17.1 CE reconoce a todas las personas. De acuerdo con el TC, lo relevante aquí no es la concreta ubicación territorial de las «dependencias adecuadas», sino el sometimiento a un poder público español[1290]. Dicho esto, el Tribunal destaca que:

[1289] STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 4º b). El término «dependencias adecuadas» al que se refería la legislación en vigor, ha sido sustituido en la actualidad por el de «dependencias habilitadas al efecto».

[1290] Véase GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María, "Algunas cuestiones sobre el derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros a la luz de la jurisprudencia constitucional y de la ley orgánica 2/2009", Teoría y Realidad Constitucional, nº 25, 2010, pp. 515-541.

«La permanencia del solicitante de asilo en las "dependencias adecuadas" de frontera en ningún caso impide que ese mismo extranjero abandone aquel lugar de espera cuando lo considere conveniente, (recordamos aquí que para su permanencia en lugares habilitados no se precisa la orden judicial, algo que sí es necesario en el caso de ingreso en un CIE). Esa libertad a la que nos referimos no supone, por supuesto, entrar incondicionalmente en España, ámbito este en el que no disfruta del derecho fundamental a "entrar y salir libremente de España" (art. 19 CE), solo reconocido constitucionalmente a los españoles»[1291].

Finalmente, vamos a recordar otro caso relevante que se suscitó en 2016, a raíz de la manifestación de voluntad de un ciudadano de Costa de Marfil de solicitar asilo en el marco del procedimiento de devolución abierto en su contra por haber sido interceptado tratando de llegar a aguas españolas. A pesar de que la solicitud se realizó en la Comisaría de Málaga, y no en un puesto fronterizo, la Policía Nacional tramitó la solicitud como una solicitud en frontera, instando el internamiento del solicitante en un Centro de Internamiento. Dejando aparte la legalidad de la detención de un solicitante de asilo para su devolución, estando pendiente la resolución sobre su admisión o no a trámite, se planteaba si el procedimiento utilizado era el adecuado en aplicación de la legislación de asilo[1292]. La Audiencia Nacional, en Sentencia de 22 de marzo de 2019, resolvió la cuestión a la luz de la vigente normativa aplicable, entendiendo que el procedimiento que debió aplicarse era el procedimiento previsto para solicitudes en territorio[1293].

Este asunto, principalmente por cuanto respecta a los plazos de tramitación, se planteó en casación ante el Tribunal Supremo, entendiendo que no puede desconocerse que se haya demorado la petición de protección internacional por la entrada clandestina en nuestro país, que es un hecho notorio, lo cual ciertamente dificultaría solicitar el asilo en frontera, porque es incompatible con esa entrada ilegal, pero que no excluye la solicitud de asilo y es quizás por ello por lo que el legislador ha previsto, y regulado, la solicitud directamente desde los CIE.

Por todo ello, concluye el Tribunal Supremo lo siguiente:

«La respuesta que consideramos procedente a la cuestión planteada en este recurso, ha de ser coincidente con la que ya dimos en el recurso 6538/2018, «el reenvío que efectúa el art. 25.2 al art. 21, ambos de la Ley 12/2009, es integral al procedimiento, del que los plazos constituyen un elemento fundamental por los efectos que su inobservancia puede acarrear, efectos que, con carácter general, serán los señalados en el art. 19; esto es, que la persona extranjera no podrá ser

[1291] *Ibid*. Véase a este respecto el apartado sobre libertad de circulación de los extranjeros en este capítulo.
[1292] VALLES FERRERO, M., «Acceso al asilo y otras formas de protección internacional de personas que llegan por mar o por tierra a Ceuta, Melilla y costas españolas», *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 18, diciembre de 2019, pp. 230-240.
[1293] Véase la SAN 1183/2019, de 22 de marzo de 2019.

objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud, salvo en aquellos supuestos en los que se acredite, de forma suficiente por la administración, que la formulación de la solicitud se ha realizado con la única y exclusiva finalidad de mantenerse en territorio español, enervando así los efectos de la ejecución de una orden firme de devolución o expulsión»[1294].

V. LA SALIDA FORZOSA DE ESPAÑA Y SUS MANIFESTACIONES: LA EXPULSIÓN

A. Salida obligatoria de territorio español y expulsión

Una vez dentro del territorio español, el artículo 28.3 de la LOEX señala los siguientes supuestos de salida obligatoria de España:

> «a) Expulsión del territorio español por orden judicial, en los casos previstos en el Código Penal.
>
> b) Expulsión o devolución acordadas por resolución administrativa en los casos previstos en la presente Ley.
>
> c) Denegación administrativa de las solicitudes formuladas por el extranjero para en España.
>
> d) Cumplimiento del plazo en el que un trabajador extranjero se hubiera comprometido a regresar a su país de origen en el marco de un programa de retorno voluntario».

De este precepto deducimos, en primer lugar, que existen cuatro distintas figuras de salida obligatoria en nuestro ordenamiento: la expulsión, la devolución, la denegación administrativa para continuar o estar en España y el retorno voluntario del trabajador extranjero por cumplimiento de plazo.

En segundo lugar, y como veremos en detalle a lo largo del Capítulo, el «extrañamiento forzoso» del extranjero puede adoptarse bien mediante orden judicial o bien mediante decisión administrativa o gubernativa, aunque también entendemos que existe un supuesto híbrido en el que media una orden administrativa y una autorización judicial.

Se exceptúan del régimen de salidas obligatorias los casos de los solicitantes de protección internacional que hayan visto rechazado el examen de su solicitud por no

[1294] STS 3387/2020, de 19 de octubre de 2020, FJ 2º.

corresponder a España su estudio, sino al país de llegada, a tenor de lo dispuesto en el citado Reglamento (UE) n.º 604/2013. En estos supuestos, dispone el art. 24 RLOEX:

«Una vez notificada la resolución de inadmisión a trámite o de denegación, se deberá proceder a su traslado, escoltado por funcionarios, al territorio del Estado responsable del examen de su solicitud de asilo, sin necesidad de incoar expediente de expulsión, siempre y cuando dicho traslado se produzca dentro de los plazos en los que el Estado responsable tiene la obligación de proceder al examen de dicha solicitud, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 16.1.e) del citado Reglamento comunitario».

Vamos a adentrarnos ahora en el estudio de esta medida en nuestro ordenamiento precisando que esta posibilidad solo es aplicable para un ciudadano extranjero que se encuentra *dentro* del territorio de un Estado distinto del que es nacional y en determinadas circunstancias.

El perfil de las personas extranjeras que pueden ser expulsadas es muy variable, ya que puede afectar a personas con muy diversas circunstancias personales, situaciones administrativas distintas (no siempre en caso de irregularidad), con características sobrevenidas diversas o con diferentes periodos viviendo en el territorio. De acuerdo con una reciente investigación, «a finales de 2019, el número de inmigrantes que residían de manera irregular en España era de entre 390.000 y 470.000»[1295].

En segundo lugar, destacamos el carácter de «sanción» de la «expulsión del territorio español». Así lo establece de forma expresa el artículo 56.3 de la LOEX, cuando, al regular la prescripción de la misma, dispone que «si la sanción impuesta fuera la de expulsión del territorio nacional la prescripción no empezará a contar hasta que haya transcurrido el período de prohibición de entrada fijado en la resolución con un máximo de diez años».

Las sanciones contempladas en la LOEX son las siguientes:

- Alternativamente, la sanción de expulsión o multa para los supuestos previstos en el artículo 57.1 de la LOEX.
- Exclusivamente la sanción de expulsión para el supuesto contemplado en el artículo 57.2 de la LOEX.
- Exclusivamente la sanción de multa para las infracciones tipificadas en los artículos 52, 53 y 54, no previstas en el citado 57.1 de la LOEX.

Igualmente, cabe distinguir entre varios tipos: expulsión gubernativa, judicial, mixta o híbrida y, finalmente, la que se denomina forzosa (sin eludir el hecho de que toda expulsión conlleva una compulsión ajena a la voluntad del individuo).

[1295] CALDERÓ, C. y CARDONA, D. (eds.), *Vulneraciones de derechos humanos…, op.cit.,* p. 176.

B. Expulsión gubernativa o administrativa

La expulsión gubernativa o administrativa está prevista en la norma para dos supuestos. En primer lugar, como medida sustitutoria de la sanción pecuniaria a que pudiera dar lugar la comisión de conductas tipificadas como muy graves y algunas graves. Esto es, se trata de una medida sancionadora del régimen de entrada, residencia y salida de los extranjeros en España y en el marco del procedimiento sancionador[1296]. Así se regula en los artículos 57 de la LOEX y 242 RLOEX, considerando también el marco sancionador en materia de extranjería integrado por la CE (arts. 9.3 y 25.1 y 3); el título III de la LOEX (arts. 50 a 66) y el título XIV del RLOEX; los preceptos que regulan el procedimiento sancionador en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (arts. 63, 64, 85, 89, 90) y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (arts. 25-31, 73 y 75); la LOSC; el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social; el Código Penal y el Convenio de Aplicación de los Acuerdos de Schengen.

En segundo lugar, procedería la expulsión gubernativa cuando el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados (art. 57.2 LOEX y 242.1 RLOEX).

1. Expulsión como medida sustitutiva de la sanción de multa

El artículo 57 de la LOEX, dedicado a la «expulsión del territorio»[1297], junto con los artículos 242 a 248 del RLOEX, regula este tipo de expulsión exclusivamente para infractores que sean extranjeros, naturalmente, y como medida alternativa o sustitutiva de la multa. Por tanto, la multa sería la primera opción, consagrando en el apartado 3 la imposibilidad de «imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa»[1298], y

[1296] CONTRERAS ROMÁN, María, "La expulsión administrativa como excusa de inacción penal", Crítica penal y poder: una publicación del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, nº. 18, 2019, pp. 319-332.

[1297] Recordamos que la redacción de los artículos 57 y 58 fue modificada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

[1298] Así lo puso de manifiesto el TJUE en la Sentencia de 23 de abril de 2015, asunto C-38/14, *Zaizoune*, que tuvo por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco (ATSJPV de 17 de diciembre de 2013), en relación con los artículos 6.1 y 8.1 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros

para los supuestos de las infracciones muy graves y graves que determinan los artículos 54 y 53.1 de la LOEX.

Sin embargo, las decisiones jurisprudenciales en torno a la elección entre multa o expulsión, referidas normalmente al caso de la estancia irregular, se han visto moduladas por la regulación sobre retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular contenida en la citada Directiva 2008/115/CE, a la vista, fundamentalmente, del fallo del TJUE en la Sentencia de 23 de abril de 2015, en el asunto *Zaizoune*.

Recordemos que el objetivo de la Directiva 2008/115/CE era establecer una política eficaz de expulsión y repatriación, estableciendo en su artículo 1 las «normas y procedimientos comunes» aplicables por cualquier Estado miembro al retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular[1299]. Se define en esta norma comunitaria la «expulsión» como «la ejecución de la obligación de retornar, es decir, el transporte físico fuera del Estado miembro»[1300]. Y establece que, una vez comprobada la irregularidad de la situación, las autoridades nacionales competentes deben, sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5 del artículo 6, adoptar una decisión de retorno[1301]. Cabe recordar también la Sentencia del asunto *El Dridi*, donde el TJUE especificaba que el artículo 6.1 de dicha Directiva prevé, con carácter principal, la obligación de los Estados miembros de dictar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio[1302].

Las autoridades nacionales competentes deben, por tanto, en virtud de dicho precepto y sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5 del mismo artículo, adoptar una decisión de retorno[1303].

Ante la disyuntiva que se planteaba sobre si, conforme a la Directiva, era necesario aplicar directamente la expulsión, o si, en función de la normativa más favorable a la que se refiere el art. 4 de la norma comunitaria, habría que inclinarse por aplicar lo dispuesto en la norma española y, por tanto, sancionar con multa, acudimos, de nuevo, a la opinión del Tribunal Supremo. Al igual que el TJUE en la cuestión prejudicial planteada a raíz del caso *Zaizoune*, nuestro TS entendió que:

---

para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, que fueron interpretados en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí.

[1299] Indica la STJUE de 28 de abril de 2011, asunto C-61/11 PPU, *El Dridi*, que «el artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva prevé, ante todo, con carácter principal, la obligación de los Estados miembros de dictar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio».

[1300] Art. 3.5 de la Directiva 2008/115.

[1301] STJUE de 6 de diciembre de 2011, asunto C-329/11, *Achughbabian*, párr. 31.

[1302] STJUE de 28 de abril de 2011, asunto C-61/11 PPU, *El Dridi*, párr. 35.

[1303] STJUE de 6 de diciembre de 2011, asunto C-329/11, *Achughbabian*, párr. 31.

«Ningún precepto de dicha Directiva ni ninguna disposición de un acto perteneciente al acervo comunitario permiten establecer un sistema que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de un Estado miembro, imponga, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí»[1304].

Y vino a manifestar que, en línea con el acervo comunitario, cuando se den las circunstancias que establece el art. 57.1, es procedente la expulsión del territorio nacional, siempre que no concurra ninguno de los supuestos que faculta, *ex* art. 5 de la Directiva 2008/15/CE (interés superior del niño, vida familiar y/o estado de salud), a aplicar el principio de no devolución, ni de los contemplados en el art. 6, apartado 2 a 5 de la citada Directiva[1305].

2. Infracciones que dan lugar a la expulsión

En los casos de conductas tipificadas como infracciones muy graves, o de las graves previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 se pueda aplicar, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa en las cuantías previstas en el artículo 55.1.b) y c), «la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción». Por tanto, deben producirse dos exigencias para poder sustituir la multa por la expulsión del territorio español:

- La toma en consideración del principio de proporcionalidad (al que se refiere expresamente el art. 57.1 de la LOEX, no así los correspondientes art. 242.1 RLOEX y art. 55.3 LOEX, en cuanto a la graduación de las sanciones).
- La previa «tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción»[1306]. Como tal, esta decisión sancionadora de expulsión estaría sometida a un procedimiento con todas las garantías, incluidas las constitucionales del art. 24.2 CE.

Por otra parte, si bien reconocemos que la expulsión es una decisión administrativa sancionatoria por la que puede optar el Delegado o Subdelegado del Gobierno frente a la comisión de una serie de infracciones administrativas en materia de

[1304] STS 1407/2019, de 22 de octubre de 2019, párr. 37.

[1305] LAFUENTE SÁNCHEZ, Raúl, "Decisiones de retorno contra nacionales de terceros estados que se encuentren en situación irregular en España: consecuencias de la (supuesta) incompatibilidad de la Ley de Extranjería con la Directiva 2008/115 y de su ausencia de efecto directo vertical", Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 13 nº 1, 2021, pp. 388-407.

[1306] Véase, en global ARLETTAZ, F., «Rechazo en frontera (a propósito de la enmienda a la Ley de Extranjería sobre las fronteras de Ceuta y Melilla)», *Observatorio PSyD*, 14 de enero de 2015.

extranjería, tras la citada sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015, la opción entre multa o expulsión ya no es siempre posible en todos los supuestos de las diferentes infracciones referidas en la LOEX. En concreto, las infracciones que pueden dar lugar a expulsión son las calificadas como muy graves en el art. 54 y las previstas como graves en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1, a las que aludiremos a continuación.

Por lo que se refiere a la infracción prevista en el apartado a), se ha interpretado que dicha opción estaría limitada a la expulsión por la normativa europea, tal como expondremos a continuación. Este apartado a) contempla la posibilidad de optar por la expulsión en caso de estancia irregular por no haberse obtenido la prórroga, carecer de autorización de residencia o tenerla caducada durante más de tres meses, siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en plazo. Sobre la interpretación de este apartado, cabe señalar que, tal y como ha declarado el TS, tras la STJUE del caso *Zaizoune*, en aplicación del artículo 53.1. a) en relación con los artículos 55.1, b y 57.1 de la LOEX, no es posible optar indistintamente entre la sanción de multa o expulsión, sino que habría que inclinarse, como primera opción, hacia la expulsión[1307]. Por tanto, conforme a la interpretación jurisprudencial, se debería:

«Decretar la expulsión del extranjero cuando concurra un supuesto de estancia irregular, salvo que concurra alguno de los supuestos ya referidos de excepción previstos en el artículo 6, apartados 2 a 5 de la Directiva de retorno o, en su caso, de los supuestos del art. 5 que propicien la aplicación del principio de "no devolución"»[1308].

En especial, se hace referencia a los supuestos de no devolución por interés superior del niño, vida familiar y estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate[1309].

A ello debemos añadir que, en todo caso, será necesaria la motivación de la decisión administrativa, ya que, como ha señalado el TC, no solo es «elemental cortesía, sino una garantía del derecho a la defensa» que comprende el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva[1310].

Todo ello no significa que haya de adoptarse entonces la expulsión de forma automática –en concreto, en el supuesto de este apartado cuando concurran las circunstancias del mismo–, sino que la decisión de expulsión deberá llevarse a cabo por la Administración y controlarse por los órganos jurisdiccionales, en su caso. De conformidad también con las circunstancias previstas en el apartado 3 del artículo 12 de

[1307] STS 1105/2019, de 18 de julio de 2019, FJ 4º.
[1308] *Ibid*., FJ 4º.
[1309] Véase la STS 980/2018, de 12 de junio de 2018, reproducida por la STS 1407/2019 de 22 de octubre de 2019, en su FJ 5º.
[1310] Véase la STC 26/1081, de 17 de julio 1981.

la Directiva 2003/109/CE[1311], así como en el 57.5.b) de la LOEX, relativo a la protección frente a expulsión de los residentes de larga duración, valorando conjuntamente a las circunstancias personales, el riesgo para el orden y la seguridad públicos[1312].

El resto de apartados tipifican las siguientes infracciones:

- El apartado b) se refiere a trabajar sin autorización previa, cuando no cuente con autorización de residencia válida.
- El apartado c) tipifica el caso de ocultación dolosa o falsedad grave de la obligación de comunicar a las autoridades los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio, o falsedad en los datos obligatorios para el alta en el padrón municipal, siempre que tales hechos no constituyan delito.
- El apartado d) se refiere al incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población.
- El apartado f) tacha la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la LOSC.

Por tanto, la posibilidad de optar en el apartado a) del art. 53.1 entre multa o expulsión en realidad se restringe al ámbito excepcional, estableciendo como norma la expulsión, en función de los mandatos de política migratoria que se reflejan en la Directiva de Retorno de los extranjeros en situación irregular, cuya transposición en la LOEX ha sido tardía y con excesivo margen para la ambigüedad. Por ello entendemos que este precepto, por su trascendencia, y en aras de la seguridad y coherencia jurídica,

[1311] Recordamos que la citada Directiva 2003/109/CE, tuvo un plazo de transposición que concluyó en fecha de 23 de enero de 2006. Esta norma comunitaria sería modificada, no obstante, por la Directiva 2011/51/UE, de 11 de mayo, por la que se modifica la Directiva 2003/109/CE, con el fin de extender su ámbito de aplicación a los beneficiarios de protección internacional (publicada en el DOUE de 19 de mayo de 2011, con plazo de transposición hasta el 20 de mayo de 2013). La tardía transposición de la citada Directiva 2003/109/CE dio lugar a la condena de España por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea mediante la STJUE de 15 de noviembre de 2007, asunto C-59/07, *Comisión c. España*, cuya parte dispositiva establece: «1) Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para ajustarse a lo dispuesto en dicha Directiva. 2) Condenar en costas al Reino de España». Finalmente, la transposición de la citada Directiva 2003/109/CE fue llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LOEX, que, según expresaba su Preámbulo, se justificaba en tres causas: a) La necesidad de incorporar a la LOEX la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, dando para ello una nueva redacción acorde con la Constitución, a los artículos de la misma que se habían declarado inconstitucionales. b) La necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico las Directivas europeas sobre inmigración que están pendientes de transposición o que no se han transpuesto plenamente, entre las que se encontraba la 2003/109/CE; y, c) La necesidad de adaptar la LOEX a la nueva realidad migratoria en España, que presentaba unas características y planteaba unos retos diferentes de los que existían cuando se aprobó la última reforma de la ley.

[1312] Véase la STS 1125/2020, de 27 de julio, donde se acota la exigencia de la motivación de la orden de expulsión de los residentes de larga duración.

debería ser más ajustado a la normativa comunitaria. Ignoramos pues cómo no se ha procedido a su modificación, ya que conforme a la interpretación jurisprudencial que ha marcado el TS, en caso de estancia irregular y siempre que no concurran los supuestos de excepción expuestos, la posibilidad de sustituir la multa por expulsión es más bien residual, siendo la expulsión la regla principal. Además, en determinados supuestos cabe revocar la orden de expulsión, no como posibilidad, sino como obligación de la Administración.

3. Causa de expulsión: condena por una conducta dolosa sancionada con pena privativa de libertad superior a un año.

En este segundo supuesto, contemplado en los arts. 57.2 LOEX y 242.1 RLOEX, así como en el art. 26 del Reglamento Penitenciario, no se trata de una sanción como medida alternativa sino de una causa de expulsión; esto es, la expulsión es una consecuencia, no una medida de carácter sancionador[1313]. Si fuera considerada por el legislador como una sanción más, impuesta por haber sido condenado dentro o fuera de España por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, se estaría vulnerando el principio constitucional de *non bis in idem* (art. 25 de la CE), lo que desde luego no sería admisible jurídicamente[1314].

En relación con dicho supuesto, la STC 236/2007, de 7 de noviembre, señalaba lo siguiente:

«Consiste en una medida que se acuerda legítimamente por parte del Estado español en el marco de su política de extranjería, en la que se incluye el establecimiento de los requisitos y condiciones exigibles a los extranjeros para su entrada y residencia en España, que no es un derecho fundamental del que aquellos sean titulares con fundamento en el art. 19 CE. De ahí que la misma Ley Orgánica 4/2000 establezca los requisitos para la entrada en el territorio español (art. 25) así como las causas de prohibición de dicha entrada que son las "legalmente establecidas o en virtud de Convenios internacionales en los que sea parte España" (art. 26.1). (…). Es, por tanto, lícito que la Ley de Extranjería subordine el derecho a residir en España al cumplimiento de determinadas condiciones como la de no haber cometido delitos de cierta gravedad. Conclusión que se ve corroborada por la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, sin dejar de recordar que los Estados europeos deben respetar los derechos humanos plasmados en el Convenio de Roma, no ha dejado de subrayar la amplia potestad de que disponen los poderes

[1313] STS 3707/2020, de 12 de noviembre de 2020, FJ 1º.
[1314] STSJC 636/2018, de 6 septiembre de 2018, que cita sus propias Sentencias de fechas 19 de julio de 2012, de 10 de septiembre de 2015 y de 7 de abril de 2016, entre otras.

públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros en su territorio» (FJ 14º).

En todo caso, para imponer esta medida, se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

1. La condena por parte de un Tribunal de Justicia.
2. Dicho tribunal puede ser español o extranjero, por cuanto la condena puede ser «dentro o fuera de España».
3. La condena ha de ser por una «conducta dolosa».
4. El delito por el que condena ha de estar sancionado «en nuestro país», esto es, en el Código Penal español «con pena privativa de libertad superior a un año».
5. Con la excepción de que «los antecedentes penales hubieran sido cancelados».

La literalidad del precepto llevaría a suponer que se está refiriendo a la pena señalada al delito en abstracto y no a la pena efectivamente impuesta. Este es el criterio que en principio siguieron algunos Tribunales, entendiendo que si el legislador hubiese querido que se atendiese a la pena impuesta en cada caso no se habría referido al delito sancionado, sino a la conducta dolosa, entendiendo que se ha querido aplicar en base a un tipo en abstracto[1315]. Por tanto, el precepto «habilita para adoptar dicha medida de expulsión a quien fuese condenado por la comisión de un delito castigado, en abstracto, con pena privativa de libertad superior a un año»[1316]. Por ello, no habría que valorar la pena en concreto impuesta al condenado, que puede resultar por distintas circunstancias inferior a un año, sino a la pena en abstracto atribuida al delito en el Código Penal[1317].

Si aceptamos esta interpretación, entonces, cabría plantearse su encaje con el principio de proporcionalidad, consignado, entre otros, en el art. 55.3 LOEX para la graduación de las sanciones, y más en concreto, respecto a los residentes de larga duración, a los que se refiere el 57.5 b) LOEX, aplicable también a este supuesto. Sin olvidar, además, la normativa comunitaria; en concreto, los arts. 9 y 12 de la Directiva 2003/109/CE, que obligaría a no aplicar la medida de expulsión automáticamente, debiendo valorarse la amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la

[1315] Criterio seguido por los Tribunales Superiores de Justicia, como es el caso del TSJ de Castilla y León, en la Sentencia 200/2012, de 20 de abril de 2012 o, en la misma línea, el TSJ de Murcia, en Sentencia 752/2014, de 10 de octubre de 2014.

[1316] STSJ de Extremadura 786/2017, de 20 de junio de 2017, con reproducción de la STSJ de Madrid 413/2016, de 30 de noviembre de 2016. En similares términos, la STSJ de Madrid 218/2016, de 8 de junio de 2016.

[1317] Otras sentencias a favor de la pena en abstracto, aparte de las ya citadas, son las SSTSJ de Baleares, de 22 de junio de 2016; de Castilla-La Mancha, de 23 de octubre de 2015 o de Andalucía, de 13 de octubre de 2016.

seguridad pública, así como las circunstancias relativas a los vínculos de esa persona con el Estado de residencia[1318]. Por tanto, no resulta posible identificar o asimilar, de forma directa o automática, la condena penal impuesta, con la concurrencia de una causa de expulsión, ya que la citada condena no supone ni implica, necesariamente, que el condenado «represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública»[1319].

En el mismo sentido cabe referirse también a la Directiva 38/2004, de 29 de abril, sobre el 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, cuyo artículo 27.2 establece:

«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. 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».

A mayor abundamiento, el artículo 28.1, relativo a la protección contra la expulsión, añade:

«Antes de tomar una decisión de expulsión del territorio por razones de orden público o seguridad pública, el Estado miembro de acogida deberá tener en cuenta, en particular, la duración de la residencia del interesado en su territorio, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en el Estado miembro de acogida y la importancia de los vínculos con su país de origen».

Recordamos que esta Directiva se transpone en nuestro ordenamiento a través del Real Decreto 240/2007, cuyo artículo 15 contempla solo la expulsión respecto a ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o a miembros de su familia, con independencia de su nacionalidad, que hayan adquirido el derecho de residencia permanente en España, si existen motivos graves de orden público o seguridad pública. Asimismo, antes de adoptarse una decisión en ese sentido, se tendrán en cuenta la duración de la residencia e integración social y cultural del interesado en España, su edad,

[1318] A tal efecto, cita las SSTSJ de Madrid 1023/2016, de 5 de octubre de 2016 RCA y la 654/2017, de 27 de septiembre de 2017.
[1319] Véase la STS 321/2020, de 4 de mayo de 2020.

estado de salud, situación familiar y económica, y la importancia de los vínculos con su país de origen.

Al mismo tiempo, y continuando con el debate de si estamos o no ante una sanción, aunque el precepto se incardina en el Título III de la LOEX, que regula las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador, más que una sanción en sentido propio, estaríamos ante una «consecuencia accesoria» a una sanción[1320]. La reprochabilidad de la conducta realizada (infracción) ha sido ya apreciada en sede penal y de la que no cabría apartarse en sede administrativa, al margen de que en esta última sede puedan tomarse en cuenta otras circunstancias.

En mi opinión, poco importa si estamos en puridad ante una sanción o ante una consecuencia de la misma, la realidad es que se trata de una causa de expulsión, sin más, y lo relevante sería que para su imposición no le puede ser ajeno el juicio de proporcionalidad, y más teniendo en cuenta que se trata de una medida que incide directa y gravemente sobre la propia esfera de libertad personal de sus destinatarios y que es aplicable incluso a extranjeros con autorización de residencia de larga duración[1321].

Para abundar en esta posición que sostenemos, baste recordar el criterio del Tribunal Constitucional en su Sentencia de 30 de enero de 2017, cuando, recordando otros de sus recientes pronunciamientos, afirma lo siguiente:

«El deber de motivación en el ámbito administrativo con relevancia constitucional no solo se produce en el supuesto de las sanciones administrativas (…). Frente a la regla general, conforme a la cual el deber de motivación de los actos administrativos es un mandato derivado de normas que se mueven en el ámbito de lo que venimos denominando legalidad ordinaria, en determinados supuestos excepcionales tal deber alcanza una dimensión constitucional que lo hace fiscalizable a través del recurso de amparo constitucional».

Igualmente se ha reiterado que esto ocurre, precisamente, cuando los actos administrativos limitan o restringen «el ejercicio de derechos fundamentales»[1322], pues en tal caso la actuación de la Administración «es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o el conjunto de hechos que lo justifican deben

[1320] Véase en global la STS 962/2018, de 11 de junio de 2018, así como el voto particular del Magistrado José Juan Suay Rincón.
[1321] *Ibid.*
[1322] ALMEIDA HERRERO, Cristina; CARRETERO TRIGO, Miryam, "Extranjeros en prisión. El papel de la expulsión", Crítica Penal y Poder: una publicación del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, nº. 18, 2019, pp. 94-102.

explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó»[1323].

Precisamente, la protección de estos intereses se hace más palpable en los casos de expulsión de extranjeros residentes de larga duración, a los que sería aplicable también la protección reforzada del artículo 12 de la Directiva 2003/109/CE, tal y como han resuelto las sentencias del TJUE de 8 de diciembre de 2011, asunto C-371/08, y de 7 de diciembre de 2017, asunto C-636/16, ponderando las circunstancias personales del recurrente. Sin embargo, tal ponderación no es absoluta: si el juzgador aprecia que su conducta es gravemente atentatoria contra el orden público, aunque refiera expresamente a sus circunstancias personales, hace prevalecer el atentado al orden público que supone la conducta del condenado en función de la relevancia y gravedad de las conductas que dieron lugar a la condena. Así, por ejemplo, cuando se trata de una sentencia condenatoria por delito contra la salud pública, es perfectamente adecuada la conclusión alcanzada teniendo en cuenta que el extranjero, en este caso, no asume las reglas de convivencia de nuestro país, lo que determina la procedencia de la expulsión. Además, no se trata solo de la imposición de una sanción, por lo que no se infringe el principio de proporcionalidad[1324].

En este sentido, es claro el TS cuando en su STS 321/2020, de 4 de marzo establece lo siguiente:

«Los Estados de la UE pueden adoptar la decisión de expulsar del territorio a un extranjero no perteneciente a la UE, provisto de permiso de residencia de larga duración, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.2 de la LOEX, pero, siempre y cuando este «represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública» de ese país, concepto exigido por la Directiva 2003/109/CE, para cuya constatación se requiere y exige por la Directiva y por la LOEX un alto nivel de motivación por parte de la Administración, sin que resulte posible identificar o asimilar, de forma directa o automática, la condena penal impuesta, con la concurrencia de una causa de expulsión, ya que, se insiste, la citada condena, no supone, ni implica, necesariamente, que el condenado "represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública"» (FJ 7º f))[1325].

[1323] STC 14/2017, de 30 de enero de 2017, FJ 5º, refiriéndose a las SSTC 131/2016, de 18 de junio, FJ 6º y 201/2016, de 28 de noviembre, FJ 3º.
[1324] Véase la STSJ de Andalucía 91/2019, de 17 de enero de 2019, FJ 3º.
[1325] En el mismo sentido, véanse también la STC 131/2016, de 18 de julio, y las que en ellas se citan, como la STC 201/2016, de 28 de noviembre o la STC 14/2017, de 30 de enero. Asimismo, en el ámbito europeo, véanse las SSTJUE de 8 de diciembre de 2011, asunto C-371/08, *Nural Ziebell c. Land Baden-Wüttemberg*; de 7 de diciembre de 2017, asunto C-636/16, *Wilber López Pastuzano c. Delegación del Gobierno en Navarra*). La doctrina contenida en las citadas SSTJUE ha sido avalado por dos recientes sentencias del mismo Tribunal europeo, con fecha de 11 de junio de 2020 y de 3 de septiembre de 2020.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado también sobre la materia señalando que el supuesto del art. 57.2 de la LOEX contempla dos medidas que no responden a un mismo fundamento, ya que persiguen la protección de bienes o intereses jurídicos diferentes[1326]. La condena y la expulsión están orientados a la protección de intereses o bienes jurídicos diversos, ya que la primera se impone en el marco de la política criminal del Estado, mientras la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería, que son dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes.

Es decir, el TC conviene en lo siguiente:

«El fundamento de la pena reside en la protección de bienes jurídicos a través de los efectos preventivos asociados a su naturaleza aflictiva. En cambio, la medida de expulsión obedece a objetivos propios de la política de extranjería que, en todo caso, están relacionados con el control de los flujos migratorios de cara a procurar una integración y convivencia armónicas en el territorio del Estado»[1327].

Por tanto, sobre la aplicabilidad en este sentido del principio de proporcionalidad, el TC entendió que no cabía valorar las circunstancias personales del actor ni su arraigo, porque tal consideración no tiene «ninguna relevancia respecto a ese motivo de expulsión»[1328].

El TSJ de Navarra vino a defender también la postura de la pena en abstracto, entendiendo que el artículo 57.2 de la LOEX no dispone la expulsión del extranjero que hubiese sido condenado a pena privativa de libertad superior a un año, sino del extranjero que cometa un delito doloso sancionado en España con esa pena[1329]. Por tanto, entiende el citado Tribunal que:

«Es la pena señalada para el delito y no la impuesta a su autor la que determina, en su caso, la expulsión de este, no con el carácter de una medida sancionadora (supuesto del apartado 1º del mismo precepto), sino de una consecuencia *ipso iure* de la sanción penal. Por lo tanto, no vienen al caso principios propios del ámbito sancionador como los de individualización y proporcionalidad de las penas. La individualización de la pena ya se ha producido en el ámbito penal» (FJ 2º).

Así las cosas, este supuesto de expulsión sería «una medida *ad hoc* impuesta por la legislación de extranjería en atención a la gravedad "en abstracto" del delito cometido por las especiales razones de ese régimen jurídico ajenas a consideraciones propias de

[1326] Véase el ATC 331/1997, de 3 de octubre de 1997, FJ 6º.
[1327] STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, FJ 14º.
[1328] Véase el voto particular del Magistrado Rafael Fernández Valverde en la STS 962/2018, de 11 de junio de 2018.
[1329] Véase la STSJ de Navarra 69/2018, de 26 de febrero de 2018.

otros ámbitos normativos» (FJ 2º). Respecto a la proporcionalidad a la que se refiere la normativa comunitaria, el TSJ de Navarra lo resuelve entendiendo que ya se habrían incorporado a nuestro texto normativo.

En mi opinión, el principio de proporcionalidad al que hace referencia el art. 57.1 solo se proyecta con claridad respecto a la posibilidad de sustituir la multa por expulsión, es decir, cuando la aplicación de la medida es una alternativa. Sin embargo, en este segundo supuesto, que no es una alternativa ni una sanción, sino una consecuencia de una infracción previa en cuya valoración el ordenamiento penal, aunque ya se hayan tenido en cuenta este y otros principios igualmente aplicables, entendemos que lo que abunda no daña, y más considerando que trata de medidas que afectan derechos fundamentales, por lo que debería contemplarse también el principio de proporcionalidad[1330].

Finalmente, para terminar la argumentación que defiende la aplicación de la pena en abstracto, habría que considerar el principio de seguridad jurídica como criterio a favor de la adopción de la medida de expulsión en atención solo a la consideración del delito cometido y no por la pena que finalmente se impone en el caso concreto[1331], ya que de lo contrario generaría inseguridad al quedar a expensas de atenuantes, graduaciones y otras circunstancias que pudieran influir en la ponderación de la condena final.

4. El debate sobre la condena efectiva

Frente a esta perspectiva, y considerando el debate de gran interés, encontramos otros, con base también jurisprudencial, que se inclinarían a defender la posición contraria; es decir, a considerar la condena efectiva impuesta para medir la duración de la pena privativa de libertad. Para ello, se apoyan fundamentalmente en dos argumentos.

El primero se sustenta en la Directiva 2001/40/CE, del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacional de terceros países, cuyo art. 3.1.a) utiliza la expresión «condena a causa de una infracción sancionable con una pena privativa de libertad de al menos un año». No se refiere, por tanto, a la pena posible para el delito cometido, sino a la concreta condena impuesta como sanción a la conducta delictiva. Por esta opción interpretativa se inclinó el TSJ de Andalucía, no solo considerando que sería la más favorable al individuo ante un procedimiento sancionador, sino también por el siguiente motivo:

«(…) la citada Directiva tiene por finalidad facilitar la ejecución de decisiones administrativas adoptadas por terceros países miembros en materia de expulsión, lo que obliga a cierta armonización de los ordenamientos jurídicos, labor que lleva a cabo precisamente cuando

[1330] Véase a este respecto GARCÍA-ESPAÑA, Elisa, "El arraigo de presos extranjeros: más allá de un criterio limitador de la expulsión", Migraciones, nº 44, 2018, pp. 119-144.
[1331] STSJ de Castilla y León 2275/2014, de 7 de noviembre.

se refiere a condenas por infracciones penales castigadas en concreto con pena superior a un año de privación de libertad, rechazando la consideración del delito en abstracto, seguramente ante la considerable diversidad de los ordenamiento penales de cada Estado miembro»[1332].

Este argumento, fue defendido también por el TSJ de Madrid, al entender lo siguiente:

«En todo caso, y teniendo en cuenta la normativa europea, se ha de atender a la amenaza para el orden público o seguridad nacional, así se hace específica referencia a la "condena" a pena privativa de libertad de al menos un año, en la Directiva 2001/40/CE. Por tanto, la "condena" sería el dato especialmente relevante»[1333].

Dicho tribunal argumenta, además, que solo atendiendo a la pena en concreto es posible apreciar las razones de orden público o de seguridad pública, ya que la pena impuesta refleja una conducta personal del interesado.

Hay que recordar, además, que la doctrina del TJUE considera que para que las medidas de orden público o de seguridad pública estén justificadas deben estar basadas exclusivamente en la conducta personal del interesado[1334].

El segundo argumento deriva de la interpretación sistemática de todo el precepto. Hay que recordar que el citado artículo 57.2 dispone lo siguiente:

«Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados».

Según el TSJ de Madrid, ello significa que si los antecedentes penales han sido cancelados no se aplica el citado artículo[1335]. Por tanto, no parece tener mucho sentido que debamos tener en cuenta la condena penal a la hora de aplicar el último inciso del art. 57.2 LOEX (cancelación de antecedentes) y, por el contrario, tener en cuenta la pena en abstracto para aplicar el primer inciso del mismo precepto. La congruencia interna del precepto llevaría a considerar que debamos estar en todo caso a la pena en concreto[1336].

[1332] Véase la STS 2782/2018, de 3 de julio de 2018, remitiéndose a las SSTSJ de Andalucía (Sala de Sevilla, Sección Cuarta) de 17 de febrero de 2014 y de 23 de noviembre de 2015, así como 3864/2016, de 17 de febrero, 6936/2016, de 27 de mayo y 7126/2016, de 29 de julio.

[1333] Véase la citada STS 2782/2018, de 3 de julio de 2018, por remisión a la STSJ de Madrid (Sección Sexta) de 15 de abril de 2015. En la misma línea, se hace referencia a las SSTSJ de Madrid de 15 de abril de 2015 (recurso 172/2015); de 4 de abril de 2016 (recurso 783/2015) y de 9 de julio de 2013 (recurso 468/2013); así como la STSJ de Andalucía de 23 de diciembre de 2016 (recurso 531/2015),

[1334] Tal y como recuerda la STS 962/2018, de 11 de junio de 2018.

[1335] Cancelación de antecedentes que tiene lugar cuando transcurren los plazos expresados en el artículo 136 del Código Penal, según haya sido la duración de la condena penal en concreto impuesta.

[1336] STSJ de Madrid 2/2017, de 6 de junio de 2017. A partir de esta STSJ de Madrid, todas las Secciones han unificado el criterio. Así, las SSTSJ de Madrid 654/2017, de 27 de septiembre de 2017; 538/2017, de

5. Posición del Tribunal Supremo ante la encrucijada de pena en abstracto o pena en concreto

El Tribunal Supremo vino a resolver esta encrucijada interpretativa sin olvidar que se trata, en primer lugar, de un tipo de expulsión gubernativa, y en segundo lugar, que constituye además una infracción objetiva en donde la valoración subjetiva de los hechos determinantes de la condena ya ha sido realizada por el órgano jurisdiccional penal (con el juego de grados, atenuantes o conformidades), por lo que tal valoración subjetiva no le corresponde realizarla a la Administración en el momento de la imposición de la sanción de expulsión (por tanto, entiende que se trata de una sanción), ya que el legislador solo ha habilitado a la misma para la comprobación de que el delito por el que extranjero fue condenado está sancionado en el Código Penal español con una pena privativa de libertad superior al año.

El alto Tribunal fija su criterio a partir de la Sentencia de 31 de mayo de 2018[1337], pronunciándose en el sentido de que «ha de estarse no a la pena en concreto impuesta al condenado, sino a la pena en abstracto atribuida al delito en el Código Penal (…) sin considerar si el hecho se consumó o quedó en tentativa o la incidencia de determinadas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal» (FJ 6º), coincidente con la tesis interpretativa tomada en consideración en el acuerdo de expulsión.

Además, sostiene lo siguiente:

«La sanción de privación de libertad, prevista en el Código Penal para el delito concernido, ha de ser superior a un año en todo su ámbito o espectro sancionador; esto es, que estarían excluidos aquellos supuestos en los que la sanción prevista sea –al mismo tiempo– superior e inferior a un año; es decir, que en los supuestos en los que la privación de libertad que esté prevista en el Código Penal pueda ser superior, igual o inferior a un año, no se puede afirmar que se esté en presencia de un delito –siempre– "sancionado con pena privativa de libertad superior a un año". Dicho de otra forma, que se excluirían de la aplicación del artículo 57.2 de la LOEX aquellos delitos en los que, con independencia de máximo previsto para la pena de privación de libertad, el mínimo, igualmente previsto, es de un año o menos» (FJ 8º)[1338].

Por tanto, como ha puesto de manifiesto la posterior jurisprudencia que ha seguido esta interpretación:

---

18 de octubre de 2017; 643/2017, de 30 de octubre de 2017; 745/2017, de 14 de noviembre de 2017; 671/2017, de 21 de noviembre de 2017; 403/2017, de 7 de diciembre de 2017; 767/2017, de 21 de diciembre de 2017; 851/2017, de 22 de diciembre de 2017; 93/2018, de 7 de febrero de 2017.

[1337] STS 2041/2018, de 31 de mayo de 2018. Esta STS ha sido seguida después por otras como la 1653/2018, de 22 de noviembre de 2018; 401/2021, de 22 de marzo de 2021; 753/2021, de 27 de mayo de 2021 y 873/2021, de 17 de junio de 2021.

[1338] Véase también la SAN 3748/2021, de 8 de septiembre de 2021, FJ 4º.

«El precepto no se refiere a la conducta sino al delito, por ello la decisión se debe adoptar "sin considerar si el hecho se consumó o quedó en tentativa o la incidencia de determinadas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal pues en otro caso, la aplicación del precepto en cuestión quedaría al arbitrio de que la acusación solicite mayor o menor pena o de que el Tribunal del orden penal la imponga en efecto por encima o no de dicho umbral"»[1339].

Asimismo, puntualiza el Tribunal Supremo que solo se refiere a aquellos supuestos en los que la totalidad de la pena establecida en el Código Penal sea una pena privativa de libertad superior a un año; esto es, excluyendo aquellos delitos en los que, con independencia del máximo previsto para la pena de privación de libertad, el mínimo, igualmente previsto, es de un año o menos[1340].

El TS zanja pues la cuestión, a mi juicio, de forma asépticamente literal, sin considerar la sistemática del conjunto del precepto ni tampoco la modulación que supone la regulación comunitaria en su conjunto, interpretando que debe entenderse el apartado 2 del artículo 57 en el sentido de que se refiere a la pena prevista en abstracto en el Código Penal para el delito correspondiente, e inclinando la balanza a favor de la seguridad jurídica al margen del principio de proporcionalidad que entendemos considera ya contemplado por el orden penal al valorar la infracción.

En cuanto a las circunstancias familiares y personales, emplea un argumento estricto, al considerar sin matices que no obstaculizarán la expulsión del interesado, ya que el principio de protección a la familia y el derecho a la vida familiar y personal no son ilimitados ni absolutos[1341], sino que se encuentran limitados por otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos, como la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito (art. 8.2 del CEDH)[1342].

En este sentido, han sido varios los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la materia que acogían y avalaban la aplicación automática del artículo 57.2 LOEX; en concreto, las SSTS 191/2019, de 19 de febrero de 2019, y 257/2019, de 27 de febrero 2019, en las que se establecía la innecesaridad de valorar las circunstancias personales y de arraigo del recurrente. Todo ello apoyándose, además, en la citada Directiva 2001/40/CE y obviando el criterio consolidado por el TJUE en su Sentencia de 7 de

[1339] STS 962/2018, de 11 de junio de 2018, FJ 6º.
[1340] En el mismo sentido, la STS 893/2018, de 31 de mayo de 2018.
[1341] Recuerda el parecer del TEDH de 26 de abril de 2007, cuando señala que el art. 8 no implica la obligación de un estado a respetar la elección por parte de los inmigrantes del estado de su residencia y a autorizar la reunificación familiar en su territorio.
[1342] STS 663/2019, de 27 de febrero de 2019, FJ 2º.

diciembre de 2017, donde valoraba las circunstancias personales, familiares y de especial arraigo de los extranjeros objeto de expulsión residentes de larga duración[1343].

Ante esta encrucijada, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha planteó una cuestión prejudicial al TJUE sobre la compatibilidad entre el artículo 3.1, letra a) de la Directiva 2001/40/CE en el que se apoya el TS, con el artículo 12 de la Directiva 2003/109/CE, ya que el primero establece el reconocimiento de aquellas expulsiones que, basándose en una amenaza grave y actual para el orden público o seguridad nacional, se adopte en el supuesto de «condena del nacional de un tercer país por el Estado miembro autor a causa de una infracción sancionable con una pena privativa de libertad de al menos un año».

Se plantea, por tanto, que el Tribunal proceda a interpretar y se pronuncie sobre si la expulsión contemplada en esta Directiva, que se fundamenta exclusivamente en el hecho de que se considera que un extranjero que ha cometido un delito sancionable con una pena privativa de libertad superior a un año, constituye ya una amenaza grave y real para el orden público o seguridad nacionales, y puede ser adoptada y aplicada de forma automática o si bien debe dictarse respetando lo contemplado en el artículo 12 de la Directiva de Residentes de Larga Duración, que establece de forma preceptiva que, antes de adoptar una decisión de expulsión contra un residente de larga duración, deben tomarse en consideración distintas circunstancias, tales como la duración de la residencia, edad, las consecuencias que para él y para los miembros de la familia pueden conllevar la efectiva expulsión del extranjero, los vínculo con el país de residencia o la ausencia de vínculo con el país de origen.

Pues bien, en una Sentencia de 11 de junio de 2020, el TJUE, remitiéndose a la Sentencia de 7 de diciembre de 2017 ya referida, declara, en primer lugar, que la normativa de cualquier Estado miembro que no contemple la aplicación de las circunstancia y los requisitos a considerar antes de adoptar una decisión de expulsión contra un ciudadano extranjero residente de larga duración, cualquiera que sea la naturaleza o modalidad jurídica de esta, debe interpretarse en el sentido de que resulta contraria o se opone al artículo 12 de la Directiva 2003/109/CE[1344]. Y, por lo tanto, lo establecido en este artículo se opone claramente a que un Estado miembro:

«Adopte una decisión de expulsión contra un nacional de un tercer país residente de larga duración únicamente sobre la base de las condenas penales de las que haya sido objeto en el pasado, sin determinar si ese nacional de un tercer país representa una amenaza real y

[1343] STJUE de 7 de diciembre de 2017, asunto C-636/16, *López Pastuzano.*
[1344] STUE de 11 de junio de 2020, asunto C-448/19, *Subdelegación del Gobierno en Guadalajara*, párr. 20.

suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública de ese Estado miembro ni tener en cuenta los diferentes elementos enumerados en el apartado 3 de este artículo»[1345].

6. Cambio de criterio del TS: valoración caso por caso, residentes de larga duración y orden público

Por todo lo anteriormente expuesto entendemos que es preciso valorar las circunstancias personales a la hora de aplicar el art. 57.2 de la LOEX. Así, tal y como recordaba el TEDH en su pronunciamiento de 18 de diciembre de 2018, en el asunto *Saber y Boughassal c. España*:

«Para valorar si una orden de expulsión y/o de prohibición de reentrada en el territorio es necesaria en una sociedad democrática y proporcionada a la finalidad legítima perseguida, en virtud del artículo 8.2 del Convenio, el TEDH ha enumerado los criterios que deben utilizarse (Üner, F.54 a 60, y Maslov, F.68 a 76) y que son los siguientes:

- la naturaleza y gravedad de la infracción cometida por el demandante;
- la duración de la estancia de la persona en el país del cual va a ser expulsada;
- el período de tiempo transcurrido desde la infracción, y el comportamiento del demandante durante ese período;
- la nacionalidad de las distintas personas afectadas;
- la situación familiar del demandante y, en su caso, la duración de su matrimonio en particular, así como otros factores que demuestren la efectividad de la vida familiar en el seno de la pareja;
- si el cónyuge tenía conocimiento del delito en el momento en que se creó la relación familiar;
- si los hijos son fruto del matrimonio y, en caso afirmativo, su edad;
- la gravedad de las dificultades con las que el cónyuge pueda toparse en el país al que el demandante vaya a ser deportado;
- el interés y el bienestar de los hijos, en particular la gravedad de las dificultades con las que se puedan topar los hijos del demandante en el país al que se va a expulsar al interesado; y
- la solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares con el país anfitrión y el país de destino» (párr. 40).

Por tanto, no se trata en el supuesto del 57.2 LOEX de una medida de aplicación automática, sino que han de valorarse las circunstancias de cada caso. Así, con referencia,

[1345] *Ibid*., párr. 21.

en concreto, al caso de residentes de larga duración[1346], y recordando lo contemplado en la propia Directiva 2003/109/CE, el TJUE entendió que no puede «adoptarse una decisión de expulsión contra un nacional de un tercer Estado, residente de larga duración, por la mera razón de que haya sido condenado a una pena privativa de libertad superior a un año»[1347].

Sobre este punto, vuelve a pronunciarse el TS en casación, dando una vuelta a sus opiniones anteriores. Entendemos que esta constituye la posición definitiva, manifestada en la Sentencia de 23 de noviembre de 2020, donde la cuestión planteada era determinar:

«Cómo incide lo dispuesto en la Directiva relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, en especial, su considerando 16 y su artículo 12, en la adopción de una expulsión contra un extranjero, residente de larga duración en aplicación del artículo 57.2 de la LO 4/2000 de 11 de enero, a la luz de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al interpretar las referidas disposiciones»[1348].

Es decir, si, efectivamente, la expulsión de un extranjero residente de larga duración condenado por la comisión de un delito doloso a una pena privativa de libertad superior a un año puede adoptarse de forma automática, o si por el contrario, deben considerarse las circunstancias personales y familiares a las que alude el artículo 12 de la Directiva antes de la adopción de una resolución de expulsión y su conformidad con lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico interno, concretamente en el artículo 57.2 y 5 de la LOEX[1349].

Pues bien, la cuestión se resuelve estableciendo que, en materia de expulsión de extranjeros residentes de larga duración, cualquiera que fuere la causa, pero especialmente la contemplada en el artículo 57.2 de la LOEX, la normativa a aplicar es la Directiva 2003/109/CE, descartándose en todo caso la aplicación de la Directiva 2001/40/CE. En segundo lugar, que tal precepto legal debe ser interpretado conjuntamente con lo contemplado en el apartado 5 b) del art. 57 LOEX, debiéndose, antes de adoptar una resolución de expulsión, valorar todas las circunstancias que puedan concurrir en el extranjero[1350].

En tercer lugar, que tan solo se podrá adoptar tal decisión cuando represente una amenaza grave y real del orden o la seguridad pública y el hecho de que exista una

[1346] Véase FERNÁNDEZ VALVERDE, R., «La expulsión de extranjeros residentes de larga duración requiere un plus de motivación», *Diario La Ley*, núm. 9642, 2020.
[1347] STJUE de 7 de diciembre de 2017, asunto C-636/16, *López Pastuzano*, párr. 28.
[1348] STS 1583/2020, de 23 de noviembre de 2020, FJ 3º.
[1349] Véase la STS 1583/2020, de 23 de noviembre de 2020, antecedente de hecho 3º.
[1350] CUADRON AMBITE, S., «Análisis de la definitiva Doctrina del Tribunal Supremo sobre la expulsión de extranjeros residentes de larga duración a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 3/2021, 2021.

condena pena no es fundamento suficiente para determinar que constituya tal amenaza. A este respecto, entendemos que, tal y como expresó la STJUE de 8 de diciembre de 2011:

«Las medidas justificadas por razones de orden o de seguridad públicos solo pueden adoptarse cuando, tras una valoración caso por caso por parte de las autoridades nacionales competentes, se ponga de manifiesto que la conducta individual de la persona en cuestión representa actualmente una amenaza real y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad»[1351].

C. Expulsión híbrida: administrativa y judicial

1. Extranjero procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta

Además de la expulsión gubernativa analizada, la LOEX contempla otros supuestos, unos enmarcados dentro de lo que denominamos expulsión híbrida y otros dentro de la expulsión judicial.

Comenzaremos por la primera, que tiene naturaleza administrativa, si bien la orden de expulsión procede del juez. Es el caso del extranjero sujeto de infracción que da lugar a expulsión que se encuentra procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta (entendiendo que debería referirse a investigado en lugar de imputado) para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, constando este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión (art. 57.7.a))[1352].

Sobre la naturaleza administrativa de esta expulsión ya se pronunció el TC, entendiendo que al sujeto en cuestión se le expulsa por la comisión de una infracción

[1351] STJUE de 8 de diciembre de 2011, asunto C-371/08, *Nural Ziebell c. Land Baden-Württemberg*, párr. 82. Sobre el concepto de orden público o seguridad pública, tan solo haremos referencia que el mismo se contiene en la STJUE 22 de mayo de 2012, asunto C-348/2009, conforme a lo establecido en los artículos 27 y 28 de la Directiva 2004/38/CE, y, siguiendo el esquema que contempla Palomar Olmeda, se interpreta tal concepto de la forma que a continuación se indica: «Ha de tratarse de un ataque a un interés fundamental de la sociedad especialmente grave. La conducta de la persona ha de constituir una amenaza real y, lo que es más importante, ha de ser una amenaza actual, y por lo tanto, "si la expulsión se ejecuta dos años después de haberse dictado", el TJUE exige que se lleve a cabo una nueva "comprobación de la actualidad y realidad de la amenaza". Y, además antes de acordar la expulsión, se ha de valorar: la duración de la residencia del interesado, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, integración social y cultural en el Estado miembro y los vínculos con su país de origen (tal y como establece la Directiva 2003/109 (LCEur 2004, 155))». PALOMAR OLMEDA, A. «La reformulación de la doctrina en materia de derechos de los extranjeros en España: los avances de la jurisprudencia», *Diario La Ley*, núm. 9064, 2017.

[1352] CONTRERAS ROMÁN, María, "La renuncia penal en favor de la expulsión administrativa. Análisis empírico de la aplicación del art. 57.7 de la Ley de Extranjería", International E-Journal Of Criminal Sciences, vol, 13, 2019, pp. 1-36.

administrativa decretada por la autoridad gubernativa competente, pero con la particularidad de que ese extranjero sometido a expediente gubernativo de expulsión o sobre quien ya ha recaído un decreto de expulsión, está al mismo tiempo incurso en un proceso penal, siendo necesaria entonces la autorización del juez penal para que se pueda ejecutar la expulsión[1353].

En este supuesto, la concesión de la autorización supone también la renuncia a la averiguación de los hechos, al castigo penal del culpable y a la indemnización de la víctima, en su caso; es decir, a todos aquellos fines que se persiguen a través del proceso penal, por lo que con razón se ha afirmado que es un claro ejemplo de la prevalencia de la política migratoria sobre la política criminal[1354].

En todo caso, en el plazo más breve posible y nunca superior a tres días, el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la autorizará salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación (art. 247 RLOEX). De acuerdo al párrafo segundo de este artículo 247, «si el extranjero se encontrase sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos juzgados, y consten estos hechos acreditados en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización a que se refiere el párrafo anterior».

Igualmente, el juez podrá autorizar, a instancias del interesado y previa audiencia del Ministerio Fiscal, la salida del extranjero del territorio español en la forma que determina la Ley de Enjuiciamiento Criminal, conforme a los arts. 57.7. b) LOEX y 247 RLOEX.

Sin embargo, se contempla un límite, así lo previsto anteriormente no será de aplicación cuando los extranjeros, residentes o no, hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los artículos 312.1, 313.1 y 318 bis del Código Penal, para los que la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad (art. 57.8 LOEX). En este sentido, encontramos similitud en el supuesto que veremos más adelante, contemplado en el art. 89 del CP, cuando señala expresamente en su apartado 9 que determinados delitos excluyen la posibilidad de la expulsión judicial, como son las condenas por delitos tipificados en los arts. 177 bis (trata de seres humanos), 312 (contra

[1353] En este sentido se ha pronunciado con claridad el Tribunal Constitucional. Así, en la STC 24/2000, de 31 de enero de 2000, declara: «la autorización del Juzgado de Instrucción no sustituye a la resolución administrativa, de suerte que la medida de expulsión sigue siendo una decisión que corresponde a la Administración y constituye una sanción administrativa, sujeta a control jurisdiccional. En efecto, este Tribunal tiene establecido que la orden de expulsión decretada por la autoridad gubernativa competente no es una pena, pero sí una sanción administrativa que, como tal sanción, ha de encontrar cobertura en la legislación de extranjería…» (FJ 3º).

[1354] Sobre esta intervención del juez penal, véase TOMÉ GARCÍA, J.A., «Autorización de expulsión prevista en el art. 57. LOEx» en MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (coord..), *Detención internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras*, Cuadernos Digitales de Formación del CGPJ, 2015.

los derechos de los trabajadores), 313 (emigración fraudulenta) y 318 bis (contra los derechos de los ciudadanos extranjeros).

2. Diferencias entre los dos supuestos de expulsiones de extranjeros en caso de delitos con pena privativa de libertad, una gubernativa del art. 57.2 y la expulsión híbrida del art. 57.7.a)

Al exponer ahora este tipo de expulsión cabría plantearse entonces la diferencia entre ambos tipos contemplados en los preceptos señalados, el primero analizado en el ámbito de la expulsión gubernativa y este segundo como un tipo de expulsión híbrida. Algunos autores, como Boza Martínez, resuelven la diferenciación entendiendo que la pervivencia del art. 57.2 solo tiene sentido en relación con los extranjeros condenados fuera de España[1355].

Sin restar valor a esta apreciación, encontramos más diferencias entre ambos supuestos. Para empezar, la expulsión por vía administrativa/gubernativa que prevé el artículo 57.2 LOEX se circunscribe a casos de extranjeros, con residencia legal o no, condenados fuera o dentro de España, mientras que la expulsión judicial del artículo 57.7 a la que nos referimos en este apartado no está prevista para penas impuestas fuera de España sino solo dentro de nuestro país[1356].

Asimismo, la expulsión administrativa se centra en condenas por delitos dolosos sancionados con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados, mientras que el objeto en la expulsión judicial es más amplio[1357], ya que no se establece tal condicionante de ser condenado, basta que sea investigado o procesado por delito o falta (art. 57.7 a)) que esté sancionado en España con pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza. Cabría incluso plantearse la valoración del principio de presunción de inocencia, que en este caso se obvia, al bastar la categoría de investigado o procesado para ponerse en marcha la posibilidad de expulsión.

Finalmente, nos planteamos si es posible la expulsión judicial en caso de que la pena privativa de libertad fuera no solo inferior a seis años, sino incluso inferior a un año.

[1355] BOZA MARTÍNEZ, D., *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89 CP*, Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 354.

[1356] Véase la STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, derivada del Recurso de inconstitucionalidad 1707-2001 interpuesto por el Parlamento de Navarra contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LOEX. Textualmente, el párrafo 14 de la meritada sentencia admite la constitucionalidad del artículo conflictivo. Véase RODRÍGUEZ MATEOS, P.; JIMÉNEZ BLANCO, P. y ESPINIELLA MENÉNDEZ, Á., *Régimen jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la UE*, Thomson Reuters, 2017.

[1357] BOZA MARTÍNEZ, D., *La expulsión de personas extranjeras…, op.cit.,* p. 350.

Desde nuestra perspectiva, atendiendo a la interpretación sistemática del precepto, que en el apartado 2 remarca que la pena sea superior a un año, esta posibilidad parece que no se contempla.

Por otro lado, el art. 89 del CP, como veremos a continuación, prevé que «las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español. Aunque se refiere a penas de prisión y no a penas privativas de libertad, parece que el sentir del legislador lleve a entender que la posibilidad de expulsión está limitada a las penas que conllevan privación de libertad por encima de un año.

D. Expulsión judicial

Nuestro ordenamiento contempla la expulsión judicial de un extranjero en dos supuestos que guardan un aspecto en común, y es que en ambos casos se trata de una medida de sustitución, por lo que, en puridad, no estaríamos ante una sanción, sino ante lo que consideramos un «trueque» legal basado en el control de los flujos migratorios, en un caso, como sustitutivo de una condena de prisión, y en otro, como alternativa a una medida de seguridad[1358].

Entendemos que nos encontramos pues ante una forma de «aligerar» el peso migratorio y penitenciario en detrimento de objetivos del Derecho penal como la retribución por el hecho cometido o la prevención del delito, a favor de fomentar las medidas de «extrañamiento» solo aplicadas en la actualidad a los no nacionales (recordamos que esta pena se contemplaba inicialmente tanto para nacionales como extranjeros).

Por lo que consideramos, de partida, que esta medida sustitutiva sería discriminatoria, por cuanto se basa solo en criterios de nacionalidad, sin poder alegar infracción administrativa en que fundamentar una situación de irregularidad del extranjero, ya que, tal y como veremos, tras la última reforma operada, se aplicaría independientemente de la situación administrativa de la persona que es objeto de la misma.

[1358] Sobre esta cuestión véanse entre otros, FLORES MENDOZA, F., «La expulsión del extranjero en el Código penal español» en LAURENZO COPELLO, P. (Coord.), *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 103 y ss.

1. Extranjeros ya condenados penalmente: cuando la expulsión judicial es sustitutiva de la pena de prisión

El art. 89 CP prevé, como una medida sustitutiva de la pena de prisión, la expulsión para los extranjeros (al igual que en el resto de supuestos, no cabe tal posibilidad en caso de ser español) que hayan sido condenados (nótese que en el caso expuesto previamente de expulsión híbrida se trataba de procesado o investigado)[1359]. No se especifica su situación administrativa, por lo que puede adoptarse esta medida frente a un extranjero en situación de regularidad en las circunstancias que vamos a exponer[1360]. Este supuesto es distinto también a la expulsión gubernativa prevista en el caso de condena a pena privativa de libertad prevista en el art. 57.2 previamente analizada, ya que en el supuesto actual estamos ante una pena de prisión.

Tras la aprobación de la vigente Constitución, la primera norma que reguló la expulsión sustitutiva judicial fue el artículo 21 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, siendo posteriormente introducida en el artículo 89 del Código Penal de 1995[1361]. Desde entonces, este precepto ha sido reformado en cuatro ocasiones por las Leyes Orgánicas 8/2000, 11/2003, 5/2010 y 1/2015; modificaciones que se han visto impulsadas por el aumento de la población extranjera recluida en los centros penitenciarios españoles[1362]. Así, tras la reforma de la LO 1/2105, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se introdujo la expulsión sustitutiva de los extranjeros penados que alcanzaren el tercer grado penitenciario y/o les fuera concedida la libertad condicional. Junto con esta novedad, se introdujeron otras igualmente importantes, como veremos, en distintos aspectos, como el ámbito subjetivo, el régimen de la expulsión de los ciudadanos de la Unión Europea, la regulación de la proporcionalidad como principio general que impide aplicar la medida, los efectos jurídicos del quebrantamiento de la medida, que impulsaron la unificación de criterios por parte de la Fiscalía General[1363].

a. Ámbito subjetivo de la expulsión sustitutiva

[1359] Véase SALINERO, Sebastián, "La expulsión de extranjeros en el derecho penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile", Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, vol. 6, nº. 11, 2011, pp. 106-141.

[1360] CANCIO MELIÁ, Manuel, "La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP)", en Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Civitas, Pamplona, 2005, pp. 183-25).

[1361] FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis, "Ejecución de la expulsión judicial sustitutiva y pluralidad de causas penadas y en su caso preventivas penitenciariamente activas", Revista de Estudios Penitenciarios, nº. Extra 2, 2013, pp. 85-98.

[1362] Según la Circular 7/2015 de la Fiscalía General del Estado, de 17 de noviembre, sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión tras la reforma operada por LO 1/2015, en la actualidad representa un 30 por 100 de la población reclusa.

[1363] Circular 7/2015 de la FGE, de 17 de noviembre, sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión tras la reforma operada por LO 1/2015.

La reforma penal de 2015 extiende el ámbito subjetivo de la expulsión del art. 89 CP, ya que contempla a todo ciudadano extranjero, con independencia de su situación administrativa, a diferencia de la legislación derogada que limitaba la expulsión sustitutiva al «ciudadano extranjero no residente legalmente en España». Entendemos que esta eliminación de la exigencia de irregularidad abre la puerta a la expulsión sustitutiva de todo tipo de ciudadanos, incluyendo los comunitarios.

Por tanto, se extiende la medida a los ciudadanos de la Unión Europea y de los Estados asimilados, aunque como veremos, contempla para ellos un régimen especial acorde con las restricciones que imponen los Tratados constitutivos y del Derecho derivado de la Unión Europea. La expulsión de los ciudadanos de la UE y asimilados (AEEE y Suiza, Andorra y familiares), salvo que hubieran sido previamente expulsados de manera gubernativa, solo puede adoptarse por razones graves de orden público o seguridad pública[1364]. Esta expulsión se reduce al ámbito gubernativo, en los términos contemplados en los arts. 2, y 15 a 18 del RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Por tanto, quedarían excluidas las razones de salud pública, tan presentes durante la pandemia del COVID-19, que pueden ser consideradas para restringir el derecho de libre circulación, pero no el de residencia. En el caso de que llevaran más de 10 años residiendo en España, tendría que darse alguno de los supuestos tasados del art. 89.4, 3 CP[1365].

Se excluye igualmente por definición a los menores infractores penales, no sujetos a la responsabilidad penal de adultos, para los que la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, no contempla la sustitución de medidas sancionadoras o de seguridad por la expulsión. Igualmente estarían excluidos los refugiados, entendiéndose amparados en el principio de no devolución.

Por el contrario, los apátridas e indocumentados no están excluidos del régimen del art. 89 del CP. No obstante, considerando las enormes dificultades que la medida de expulsión entraña, en el caso de los apátridas tendrán un plazo de 30 días prorrogables para que se pueda gestionar su admisión legal en otro país.

b. Ámbito objetivo: pena de prisión superior a un año

[1364] Véase el art. 28.2 de la Directiva 2004/38/CE: «El Estado miembro de acogida no podrá tomar una decisión de expulsión del territorio contra un ciudadano de la Unión Europea o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, que haya adquirido un derecho de residencia permanente en su territorio, excepto por motivos graves de orden público o seguridad pública».
[1365] Véanse las Conclusiones de la Circular 7/2015 de la FGE, de 17 de noviembre de 2015.

El ámbito objetivo se circunscribe a las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero, quedando excluidas tanto las penas que no sean privativas de libertad como las privativas de libertad distintas de la prisión (localización permanente y responsabilidad personal subsidiaria), ya que la reforma del precepto elimina la referencia a «penas privativas de libertad» para especificar la pena de prisión.

Además, el precepto establece distinciones en función de la duración concreta de la pena impuesta en sentencia, contemplando distintos tramos: hasta un año de prisión no es posible la expulsión (por lo tanto, no es posible si la pena es igual o inferior al año), desde más de un año hasta cinco, y más de cinco años. En estos dos últimos supuestos, aunque con un régimen diferenciado, se prevé tal posibilidad de forma total o parcial. En el caso de condenas de prisión de duración superior a dos años y no superiores a cinco años podrá acordarse la expulsión sustitutiva cuando sancionen conductas que no presenten por su gravedad intrínseca o por la forma en que han sido ejecutadas rasgos que hagan especialmente necesario el cumplimiento de la pena[1366].

Cuando la condena excede de cinco años de duración, la pena habrá de cumplirse, en todo o en parte, en función de la determinación de la porción mínima de cumplimiento que se estime necesaria para el delito o delitos cometidos.

La pena también se sustituye por expulsión cuando el penado acceda al tercer grado de clasificación o a la libertad condicional (inciso final del art. 89.2 CP). Esta posibilidad solo desaparece cuando la expulsión del territorio nacional sea manifiestamente desproporcionada en atención a las circunstancias personales del reo.

c. Amenaza para la seguridad pública: delimitación de la seguridad interior y exterior del Estado y del orden público

Una de las circunstancias que señala el precepto para inclinar la balanza a favor de la medida de expulsión es el riesgo de que el extranjero pueda quebrantar el orden o seguridad pública. Cuando el delito afecte de modo grave a la seguridad interior o exterior del Estado y genere un sentimiento de inseguridad en la población, podría proceder la expulsión sustitutiva del ciudadano extranjero incluso acreditando una situación de arraigo personal o siendo ciudadano de la Unión Europea (art. 89.4 CP). Así lo ha defendido el TEDH, añadiendo que es preciso también valorar el comportamiento global desde la comisión del delito hasta su expulsión[1367], especialmente el tiempo transcurrido

[1366] Véase MUÑOZ LORENTE, J., "La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad del artículo 89 del CP tras su reforma por la ley orgánica 11/2003", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. Extra 2, 2004, pp. 401-482.
[1367] STEDH de 11 de julio de 2002, *Amrollahi c. Dinamarca*.

desde el último delito cometido y la decisión de la expulsión[1368], o desde su excarcelación si cumplió pena privativa de libertad[1369].

Según la doctrina del TJUE el concepto de seguridad pública comprende, además del orden público, la seguridad interior y exterior del Estado. En concreto, se consideran amenazas para la seguridad:

- La pertenencia a grupos terroristas, considerada expresamente atentatoria de la seguridad pública del Estado[1370].
- El tráfico de estupefacientes mediante banda organizada en la medida que declara la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas, representa una amenaza para la salud, la seguridad y la calidad de la vida de los ciudadanos de la Unión, así como para la economía legal, la estabilidad y la seguridad de los Estados miembros[1371].
- Finalmente, los abusos sexuales y explotación de menores constituyen un menoscabo especialmente grave de un interés fundamental de la sociedad, capaz de representar una amenaza directa para la tranquilidad y la seguridad física de la población siempre que la forma de comisión de tales infracciones presente características especialmente graves[1372].

d. Concepto de orden público

El concepto de orden público comprende cualquier alteración del orden social que implique necesariamente «una amenaza actual, real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad»[1373]. La amenaza actual significa que esté presente en el momento en que se decide aplicar la medida de expulsión y subsistente en el momento de su cumplimiento[1374]. Esto es, que sea constante, tanto en el momento de adoptarse como cuando es revisada[1375], tal y como declaraba el TJUE: «Cuando una orden de expulsión del territorio se imponga como pena o medida accesoria a una pena de privación de libertad pero se ejecute más de dos años después de haberse dictado, el artículo 33, apartado 2, de la Directiva 2004/38 obliga al Estado miembro a comprobar la actualidad y realidad de la amenaza

[1368] STEDH de 18 de febrero de 1991, *Moustaquin c. Bélgica.*
[1369] STEDH de 12 de enero de 2010, *Khan c. Reino Unido.*
[1370] SSTJUE de 26 de octubre de 1999, asunto C-273/97, *Sirdar*; de 13 de julio de 2000, asunto C-423/98, *Albore*; de 11 de enero de 2000, asunto C-285/98, *Kreil*; de 11 de marzo de 2003, asunto C-186/01, *Dory*; de 23 de noviembre de 2010, asunto C-145/09, *Tsakouridis*; de 22 de mayo de 2012, asunto C-348/09, *P.I. c. Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid* y de 4 de junio de 2013, asunto C-300/11, *ZZ.*
[1371] STJUE de 23 de noviembre de 2010, asunto C-145/09, *Tsakouridis*.
[1372] STJUE de 22 de mayo de 2012, asunto C-348/09, *P.I. c. Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid.*
[1373] Véase la Circular 3/2015 de la FGE, de 22 de junio, sobre el régimen transitorio tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015 y la STJUE de 17 de noviembre de 2011, asunto C-430/10, *Gaydarov*.
[1374] Art. 27.2 de la Directiva 2004/38/CE.
[1375] STJUE de 29 de abril de 2004, asuntos C-482/01 y C- 493/01, *Orfanopoulos y Oliveri*.

para el orden público o la seguridad pública que representa el interesado y a examinar cualquier cambio material de circunstancias que pudiera haberse producido desde el momento en que se emitió la orden de expulsión»[1376].

La exigencia de que la amenaza sea real y suficientemente grave implica centrarse en que la conducta personal del interesado constituya esa amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad[1377]. Los criterios que ha señalado la jurisprudencia a tener en cuenta para ponderar estas circunstancias son varios.

Primero, el examen individual de cada caso concreto[1378], lo que impide adoptar la expulsión por razones de prevención general[1379], por la sola comisión del delito[1380] o las expulsiones automáticas[1381]. Tampoco puede fundarse en la mera existencia de antecedentes penales salvo que se infiera razonablemente la probabilidad de reincidencia[1382], por lo que la existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar la expulsión. Tampoco la posibilidad remota de comisión de nuevos delitos es suficiente para considerarse un motivo de expulsión[1383].

El principio de proporcionalidad, al que se refiere también el art. 89.4 del CP, exige la valoración conjunta de las circunstancias del hecho cometido y de las personales del autor. La Directiva 2004/38/CE sobre el derecho de los ciudadanos de la Unión Europea y de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de la Unión Europea (DO L 158 de 30.4.2004, p. 77) precisa en el art. 28.1 que, antes de tomar una decisión de expulsión del territorio por razones de orden público o seguridad pública, el Estado miembro de acogida deberá tener en cuenta, en particular, la duración de la residencia del interesado en su territorio, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en el Estado miembro de acogida y la importancia de los vínculos con su país de origen[1384].

[1376] STJUE 22/5/2012, asunto C-348/09, *P.I. c. Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid*, párr. 31.

[1377] STJUE de 10 de julio de 2008, asunto C-33/07, *Jipa*; de 31 de enero de 2006, asunto C-503/03, *Comisión c. España*; de 23 de noviembre de 2010, asunto C-145/09, *Tsakouridis* y de 15 de marzo de 2012, asunto C-340/10, *Comisión c. Chipre*.

[1378] STJUE de 7 de marzo de 2013, asunto C-145/10, *Painer*.

[1379] SSTJUE de 26 de febrero de 1975, Asunto 67/74, *Bonsignore* y de 15 de marzo de 2012, asunto C-340/10, *Comisión c. Chipre.*

[1380] SSTJUE de 26 de febrero de 1975, Asunto 67/74, *Bonsignore* y de 15 de marzo de 2012, asunto C-340/10, *Comisión c. Chipre* y de 19 de enero de 1999, asunto C-348/96, *Calfa*.

[1381] STJUE de 23 de marzo de 2006, asunto C-408/03, *Comisión c. Bélgica.*

[1382] SSTJUE de 29 de abril de 2004, asuntos C-482/01 y C- 493/01, *Orfanopoulos y Oliveri*; de 27 de octubre de 1977, asunto 30/77, *Bouchereau*; de 7 de junio de 2007, asunto C-50/06, *Comisión c. Países Bajos.*

[1383] STJUE de 29 de abril de 2004, asuntos C-482/01 y C- 493/01, *Orfanopoulos y Oliveri*.

[1384] CAMPOS HELLÍN, Rodrigo, "El arraigo como factor impeditivo de una expulsión tras la reforma de la LO 1/2015", Boletín Criminológico, vol. 25, nº. 185, 2019, pp. 1-9.

A este respecto, en su Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo de 2009[1385], la Comisión Europea delimitó el principio de proporcionalidad con las siguientes reglas:

1. La valoración de las características de la amenaza tendrá en cuenta la entidad de los bienes jurídicos ofendidos por el delito enjuiciado. En particular el carácter y la gravedad de la infracción cometida[1386]. En determinadas circunstancias, la pequeña delincuencia persistente puede representar una amenaza para el orden público, a pesar de que un delito o infracción particular, individualmente, no baste para representar una amenaza suficientemente grave según la definición anterior[1387].
2. Habrá que ponderar el grado de peligro social resultante de la presencia de la persona en cuestión en el territorio de ese Estado miembro.
3. Se valorará la naturaleza de las actividades delictivas, su frecuencia, peligro acumulativo y daños causados.
4. Se tendrá en cuenta el tiempo transcurrido desde la comisión del delito[1388] y el comportamiento de la persona en cuestión, la buena conducta en prisión y la posible libertad condicional. La jurisprudencia del TJUE ha consolidado que la expulsión no puede poner en peligro la reinserción social del ciudadano de la Unión en el Estado en el que está verdaderamente integrado[1389].
5. Se analizará que la expulsión no vaya más allá de lo estrictamente necesario para lograr el objetivo perseguido de protección del orden público, valorando la posibilidad de aplicar medidas menos restrictivas para lograr ese objetivo.
6. Debe valorarse con precisión la situación personal y familiar del condenado, la edad y el estado de salud, lo cual implica valorar el impacto de la expulsión en la situación económica, personal y familiar del individuo y sus miembros familiares[1390]. Así, por ejemplo, se valorarían las dificultades a que el cónyuge, pareja y cualquiera de sus hijos se enfrentarían en el país de origen de la persona en cuestión, los vínculos –o la falta de ellos- con su país de origen y con el Estado miembro de

[1385] Véanse las *Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38/CE 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*, COM (2009) 313, final, 2 de julio de 2009.
[1386] STJUE de 23 de noviembre de 2010, asunto C-145/09, *Tsakouridis.*
[1387] STJUE de 4 de octubre de 2007, asunto C-349/06, *Polat*.
[1388] STJUE de 23 de noviembre de 2010, asunto C-145/09, *Tsakouridis.*
[1389] *Ibid*.
[1390] STJUE de 15 de noviembre de 2011, asunto C-256/11, *Dereci y Otros.*

acogida[1391], y la duración de la residencia en el Estado miembro de acogida[1392].

Finalmente, cabe destacar que, de conformidad con el principio de no discriminación, no es admisible la expulsión respecto de aquellos comportamientos que, cuando los cometen sus propios nacionales, no dan lugar a medidas represivas, reales y efectivas destinadas a combatir dicho comportamiento[1393].

2. Excepciones a la sustitución de la pena por la expulsión

En primer lugar, es preciso señalar, tal y como destaca la Fiscalía General, que la figura de la expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en ningún caso debe operar de forma automática[1394], ni siquiera en aquellos supuestos en los que parece obligatoria según el tenor literal de la norma, como ocurre cuando el ciudadano extranjero alcanza en prisión el tercer grado o la libertad condicional, situación prevista tanto en el apartado 1 como en el 2 del art. 89 CP.

Así, la FGE, en la citada Circular 7/2015, señalaba claramente las dos excepciones al régimen imperativo de expulsión judicial del extranjero condenado previstas en el art. 89 CP: la primera, tras el cumplimiento de una parte significativa de la condena, para asegurar la defensa del orden jurídico; y la segunda, cuando la medida de la expulsión resulte desproporcionada.

a. Defensa del orden jurídico

La «necesidad de asegurar la defensa del orden jurídico» se basa en que la decisión judicial no debe ignorar los intereses públicos relativos a la política criminal, la naturaleza del hecho delictivo, su gravedad y la realización de los fines de prevención general y

[1391] STJUE de 23 de noviembre de 2010, asunto C-145/09, *Tsakouridis.*
[1392] *Ibid*.
[1393] SSTJUE de 18 de mayo de 1982, asunto 115/81, *Adoui y Cornuaille* y de 20 de noviembre de 2001, asunto C-268/99, *Jany*.
[1394] El principio general inherente a la norma es manifiestamente favorable a que las penas de prisión de más de un año de duración se sustituyan por expulsión, bien en toda su extensión, bien en una parte de la misma, pero en ningún caso la Ley impone un ciego automatismo o el deliberado olvido de las particulares circunstancias del delito y del autor. Véase la Circular 3/2015 de la FGE, de 22 de junio. Véase, asimismo, la STS 164/2018, 6 de abril de 2018, FJ º3: «(…) El acceder a la sustitución inmediata de la pena, por el mero hecho de ser extranjero, cuando ni siquiera consta un mínimo esfuerzo reparador hacia los perjudicados, y hubo de ser traído al proceso de manera forzada, generaría un sentimiento de impunidad, al reaccionar el sistema penal con la mera expulsión del territorio nacional de autores de delitos de notable gravedad, diluyéndose en gran medida la función coercitiva y disuasoria de la norma penal frente a acciones delictivas de grave entidad. Y es que de acordar la expulsión del penado de forma automática en este caso, no sólo se debilitaría el fin preventivo disuasorio de la pena establecida en la norma penal (perspectiva de la prevención general negativa), sino que generaría en el ciudadano cumplidor de la ley una sensación de desprotección y desasosiego ante ciertos actos delictivos, sensación que derivaría en la pérdida de confianza en la intervención estatal frente al desarrollo de algunas conductas delictivas consideradas socialmente como graves (perspectiva de la prevención general positiva)».

especial, por lo que la expulsión no puede ser automáticamente aplicada, tal y como se infiere de la abundante jurisprudencia[1395]. De acuerdo a la FGE:

«Aunque es necesaria la valoración singularizada de cada supuesto, no procedería la sustitución completa de la pena, al menos, en estos casos:

a).- Delitos que llevan en su ejecución o resultado el uso de una violencia o intimidación de especial intensidad. En particular, delitos de robo con violencia o robo con intimidación en cuya comisión se hayan empleado armas o instrumentos peligrosos, y las lesiones cualificadas de los arts. 148 a 150 CP.

b).- Delitos que entrañen vejación, degradación, o ensañamiento sobre la víctima.

c).- Delitos que hayan expuesto a la víctima a un peligro concreto y grave para su vida o integridad física o psíquica; se tomarán igualmente en consideración las necesidades de protección que presente la víctima.

d).- Delitos que afectan a bienes jurídicos personales especialmente valiosos, como la inviolabilidad del domicilio cuando forma parte de cualquier modalidad de robo en casa habitada, la libertad personal o la libertad e indemnidad sexuales.

e).- Delitos que ven intensificada su culpabilidad por recaer sobre víctima desamparada por razones de edad (menores y ancianos), discapacidad y situación concreta de vulnerabilidad.

f).- Delitos cualificados en su peligrosidad por el hecho de ser cometidos por medio de o en el seno de una organización o grupo criminal, especialmente cuando presenten conexiones transnacionales.

g).- Delitos que teniendo asignada en la correspondiente figura penal una pena base mínima de prisión superior a cinco años hayan sido castigados con pena igual o inferior a dicha extensión en virtud de las reglas de aplicación de las penas establecidas en los arts. 61 y ss. CP.

h).- Delitos contra la salud pública que excedan el mero menudeo de pequeñas cantidades de sustancia ilícita. En este punto, la Fiscalía recomendaba seguir el criterio consagrado por la Sala 2ª del TS que, exceptuando los casos de relevancia menor, ha señalado la improcedencia de la expulsión sustitutiva de la pena en su integridad dada la inequívoca gravedad de la conducta y el estímulo que representaría la sustitución para la proliferación de tales actividades»[1396].

[1395] Véanse las SSTS 1162/2005, de 11 de octubre; 1249/2004, de 28 de octubre; 901/2004, de 8 de julio; 636/2005, de 17 de mayo; 1546/2004, de 21 de diciembre; 1189/2005, de 24 de octubre; 366/2006, de 30 de marzo; 842/2010, de 30 de septiembre.

[1396] Circular 7/2015 de la FGE, de 17 de noviembre, aptdo. 4.1. Véanse las SSTS 172/2006, de 17 de febrero y 853/2010, de 15 de octubre, entre otras.

En el caso de pena de prisión impuesta en sentencia que excede de cinco años de duración, la determinación de la porción mínima de cumplimiento que se estima necesaria antes de proceder a la expulsión del extranjero dependerá de la gravedad del delito. Se aplicará el cumplimiento total de la pena en supuestos especialmente cualificados, como son: la delincuencia organizada, actos que afecten seriamente a la seguridad exterior o interior del Estado o al funcionamiento de los servicios públicos esenciales para la comunidad, así como los ataques más graves a bienes jurídicos personales susceptibles de generar un grave sentimiento de inseguridad en la sociedad (entre los cuales hemos de incluir todo delito que lleve aparejada la nueva pena de prisión permanente revisable)[1397].

b. La proporcionalidad y el arraigo

La segunda de las excepciones se refería a la necesidad de que la expulsión sea «proporcionada». La proporcionalidad significa en este contexto valorar el impacto que la medida tendría en la vida privada y familiar del extranjero, así como la gravedad del hecho por el que ha sido condenado. El art. 89.4 CP determina que «no procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada»[1398]. Se considera desproporcionada y, por tanto, no será de aplicación la expulsión, en aquellos casos en que la repatriación del penado comprometa su vida o integridad por las circunstancias del propio penado y de su país de origen[1399].

El arraigo personal del extranjero compromete derechos como la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18.1 CE y en el art. 8 CEDH. De la variada casuística existente se extraen las líneas que señala la FGE para fijar los límites de la expulsión[1400], que son aplicables tanto a la expulsión gubernativa como judicial:

a) El tiempo de residencia en suelo español del penado. El arraigo será la norma en los residentes legales, que la condena penal solo debe romper si la naturaleza y circunstancias del delito lo hacen estrictamente imprescindible para salvaguardar la seguridad y el orden interior. Esto no supone una presunción general de arraigo, por lo que habrá de examinarse caso a caso, ya que es posible también que un residente legal no haya llegado a establecer vínculos con el país de acogida.
b) El tipo de migrante, incluyendo situaciones de asentamiento prolongado que convierten al inmigrante en un ciudadano efectivo del país. Así, por

[1397] En todo caso, el criterio de la FGE es que «la denegación de la sustitución de la pena por expulsión -la gravedad del hecho, las exigencias de prevención general- obliga a solicitar el cumplimiento de la condena impuesta por falta de presupuestos para la suspensión».
[1398] Ello resulta congruente con la afirmación del Preámbulo de la LO 1/2015 de que «la sustitución se condiciona, en todos los casos, a la proporcionalidad de la medida».
[1399] Véanse las SSTS 791/2010, de 28 de septiembre y 853/2010, de 15 de octubre.
[1400] Véase la Circular 7/2015 de la FGE, de 17 de noviembre, aptdo. 4.2.

ejemplo, inmigrantes de segunda generación que no conserven relación alguna con el país de origen, no sepan desenvolverse con fluidez en el idioma de sus progenitores y hayan desarrollado todas sus relaciones sociales, culturales y afectivas, incluido el matrimonio, en nuestro país; o los inmigrantes llegados en la infancia o durante su juventud que durante la mayor parte de su existencia hubieran permanecido en España, donde han sido escolarizados y, en general, establecido sus lazos familiares y sociales, no conservando con su país natal nada más que el simple lazo de la nacionalidad.

c) El estado de salud. La medida será desproporcionada si la expulsión del extranjero le deja en situación de grave vulnerabilidad o agrave su situación.

d) La situación familiar. Para el TEDH, «excluir a una persona de un país donde viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el respeto al derecho de la vida privada y familiar, protegida por el artículo 8.1 de la Convención». En todo caso, debe tratarse de relaciones con parientes próximos, donde se incluyen el cónyuge o pareja de hecho, hijos, padres o hermanos, sin descartar otros parientes en situación de dependencia material del penado (art. 3.2 de la Directiva 2004/38/CE). Desde esta perspectiva, no se encontraría en esta situación quien es soltero, no tiene hijos, y no ha demostrado mantener relaciones estrechas ni con sus padres ni con sus hermanos y hermanas que habitaban en el país de acogida. Pero no basta la relación de parentesco, pues la abundante jurisprudencia muestra que deben ser relaciones genuinas, que entrañen convivencia o asistencia material, real y estable para cuya acreditación no basta solo con la alegación de un vínculo formal. Es preciso además que se acrediten otros factores que pongan en evidencia la efectividad de la vida en familia de la pareja. Tampoco es suficiente probar que se tienen hijos residentes en el país receptor, es preciso que haya constancia de una efectividad de relaciones paterno filiales.

I. En todo caso, el criterio de la Fiscalía General es que no solo hay que considerar «la situación familiar del penado en el momento en que se dicta sentencia, sino también en el momento en que se ejecuta la decisión de expulsión si entre ambos ha transcurrido un periodo de tiempo relevante». Así lo entendió el TEDH en un caso en que la ejecución de la medida se demoró cuatro años debido a la tardanza en resolver por la autoridad competente el recurso interpuesto contra su expulsión por el afectado, «por no ser admisible echar la culpa al demandante de haber recurrido la

resolución de expulsión (...) ni reprocharle ni imputarle la duración del procedimiento del recurso contra tal resolución».

e) El impacto de la medida entre los miembros del núcleo familiar del penado, en concreto, la imposibilidad o dificultad de acompañamiento. Si no pueden seguirle, se verán imposibilitados para ejercer de forma efectiva el derecho a la vida privada y familiar que les reconoce el artículo 8.1 CEDH. Por ello, aunque las dificultades de los cónyuges e hijos para acompañar al expulsado, por sí mismas, no son motivo suficiente para excluir la expulsión, deben ser necesariamente incorporadas al juicio de proporcionalidad, sobre todo cuando la separación es inevitable al no existir la posibilidad de instalarse juntos en un tercer país. También se valora el grado de dependencia, y para valorarlo es necesario tener en cuenta la edad de los hijos y las condiciones adicionales. La relación de dependencia se acentuará por circunstancias de salud, deficiencias físicas o psíquicas que solo pudieran ser mejoradas por la atención y cuidados de sus más allegados, o asegurasen un mínimo equilibrio psicológico y social.

f) Vinculación del afectado con el país de donde procede. Otro de los factores delimitadores del arraigo familiar en el país de acogida lo constituye la intensidad de los vínculos del afectado con su nación de origen, exigiendo carecer de lazos sociales, culturales o familiares con su país de origen. Cabe señalar también, que cuando el arraigo personal sea el fundamento para no aplicar la expulsión sustitutiva, será posible valorar la pertinencia de la suspensión condicional de la pena en cualquiera de las modalidades previstas en los artículos 80 y siguientes del CP. Ante todo, es preciso tener en cuenta que la ejecución penitenciaria de la pena no es una alternativa obligada, sino que habrá que valorar la gravedad del hecho, observando así el principio de igualdad de tratamiento del extranjero respecto de los penados de nacionalidad española, al abrir las alternativas al cumplimiento de la prisión, si cumple los requisitos necesarios previstos en el CP.

g) Finalmente, queremos resaltar la opinión asentada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de otro requisito esencial, cual es el de ser oído el ciudadano extranjero en todo caso antes de adoptar la resolución relativa a la expulsión. En este sentido hay que recordar también que el ciudadano extranjero no tiene un derecho subjetivo a ser expulsado, como tampoco lo tiene a ser reinsertado, esto es a cumplir la condena en España, de tal manera que la conformidad del condenado no vincula al Tribunal.

En definitiva, se precisa una valoración individualizada en atención a los derechos afectados y desde la perspectiva de la justicia material y el respeto al principio de igualdad, sin dar cabida al automatismo en la aplicación del precepto.

3. Expulsión como sustitutivo de una medida de seguridad, 108 CP

El segundo supuesto de expulsión penal al que nos hemos referido al comienzo del apartado es el que se contempla en el art. 108 CP, tras la reforma operada por LO 11/2003[1401], como sustitutivo de una medida de seguridad, estableciendo que el sujeto fuera extranjero no residente legalmente en España[1402]. En este caso, el juez o tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia de aquel (de nuevo, la importancia de ser oído), la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean aplicables, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España.

Por tanto, entendemos que solo es aplicable aquí a los extranjeros en situación de irregularidad en cuanto a su residencia, esto es, que no tienen residencia legal. Por tanto, estarían incluidos en el ámbito subjetivo de la medida quienes simplemente se encuentren en situación de estancia y prórroga de estancia, entendiendo que estos no son residentes legales. Se excluirían, sin embargo, de esta medida los extranjeros que cuenten con autorizaciones de residencia temporal y permanente (arts. 31 y 32 LOEX), si bien se asimila a esta situación excluyente doctrinalmente a los extranjeros que cuentan con el régimen especial de estudiantes (art. 33 LOEX).

Pese a que del tenor literal del precepto podría deducirse que la sustitución opera respecto de cualquier medida de seguridad, la Fiscalía General, en su Circular 2/2006, vino a precisar que, a la luz de los criterios sentados por el art. 89 y del principio de proporcionalidad, debería entenderse que solamente es aplicable para medidas de seguridad privativas de libertad[1403].

En dicha Circular se señalaba además que, aunque el precepto apunta como único criterio que permite exceptuar la expulsión «la naturaleza del delito», cabría también

[1401] El precepto no fue modificado ni por la LO 5/2010 ni por la LO 1/2015.
[1402] Como vemos, aquí sí se especifica la situación administrativa de la persona extranjera.
[1403] «Incluyendo, eso sí, las penas impuestas por los delitos de tráfico de seres humanos contemplados en el art. 89.4 CP respecto de los que no se hace ninguna alusión. No obstante, respecto de estos últimos, cabrá inaplicar la expulsión sustitutiva pues el precepto permite con carácter general tal inaplicación por el órgano jurisdiccional y previa audiencia del Ministerio Fiscal, cuando excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España» (art. 108.1). Véase la Circular de la FGE 2/2006, de 27 de julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España, aptdo. I.9.

excluir esta posibilidad en otros dos supuestos: cuando pueda ser desproporcionada, y cuando la peligrosidad del sometido a la medida de seguridad desaconseje su liberación.

La consecuencia de esta expulsión, como en otros supuestos, será el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España. En el caso de que, acordada la sustitución de la medida de seguridad por la expulsión, esta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la medida de seguridad originariamente impuesta.

En cuanto al plazo de prohibición de regreso a España, el art. 108 CP se separa del 89 CP, ya que establece un sistema de plazo único de diez años contados desde la fecha de su expulsión. En caso de que el extranjero intente quebrantar una decisión judicial de expulsión y de prohibición de entrada, será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

Cabe concluir la exposición de este supuesto contemplado en el artículo 108 del CP afirmando que, a pesar de que en esencia es muy similar al artículo 89, conlleva una consecuencia más estricta, por cuanto fija la prohibición de entrada en su máximo legalmente permitido, y su parámetro de alcance es más amplio, por cuanto no excluye su aplicación a las penas impuestas por los tipos penales recogidos en los artículos 177 bis, 312, 313 y 318 bis.

4. Efectos de la expulsión judicial

Vamos a comenzar con los efectos que son en parte comunes a los de las expulsiones administrativas o gubernativas previamente analizados.

En primer lugar, el extranjero vendrá obligado a abandonar el territorio nacional; en segundo lugar, llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España (89.3 CP y art. 108.1 CP); y, en tercer lugar, el extranjero no podrá regresar a España por un plazo que, a diferencia de la administrativa, será mínimo de 5 años, y 10 años fijos en caso de sustitución por medida de seguridad, contados desde la fecha de su expulsión, y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena (arts. 89.2 y 108.2 CP).

Asimismo, la expulsión se llevará a efecto sin que sean de aplicación las suspensiones de ejecución de la pena ni las sustituciones comunes contempladas en los artículos 80, 87, 88 y 89.1 CP. Se estima que no procede la sustitución si la medida es desproporcionada[1404].

[1404] Véanse las conclusiones de la Circular 7/2015 de la FGE, de 17 de noviembre.

Cuando la sentencia acuerde la sustitución de las penas por la expulsión, de acuerdo a la disposición adicional decimoséptima de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, esta «dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad o medida de seguridad originariamente impuesta hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión» y «la autoridad gubernativa deberá hacer efectiva la expulsión en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro de los treinta días siguientes, salvo causa justificada que lo impida, que deberá ser comunicada a la autoridad judicial».

Tras la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, cuando el reo no estuviere privado de libertad, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un CIE, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa (art. 89.8 CP)[1405]. El ingreso de un condenado a penas de prisión parece incompatible con el ingreso cautelar en un CIE, dado que al ser establecimientos públicos de carácter no penitenciario (artículo 62 bis LOEX) no solo carecen de medidas de seguridad adecuadas y personal cualificado, sino que también puede alterarse su régimen normalizado de funcionamiento por la necesidad de separar a los internos que han cometido una mera infracción administrativa de aquellos condenados en sentencia penal. Sobre esta cuestión también se manifestó la FGE, en su Circular 5/2011, entendiendo que el ingreso en CIE debería quedar limitado para los extranjeros que hubieran sido condenados a penas privativas de libertad de localización permanente, responsabilidad subsidiaria por impago de multa o penas de prisión inferior a tres meses (artículo 71.2 CP) pues ninguna de ellas exige el ingreso en centro penitenciario. Excepcionalmente, también podrá solicitarse el ingreso en CIE de aquellos condenados a penas de prisión que hubieran podido haber sido suspendidas como consecuencia de la aplicación del artículo 88 CP[1406]. En los demás casos se recomienda instar la aplicación de la disposición adicional decimoséptima y el ingreso en centro penitenciario. En estos casos, el tiempo de ingreso en el establecimiento penitenciario será el más breve posible y no superior a treinta días, salvo prórroga si media causa justificada.

En el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, esta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma (art. 89.8 CP), y en su caso, de medidas de seguridad (párrafo tercero del art. 108.1 CP).

[1405] El tiempo de estancia en CIE está sujeto al límite de sesenta días naturales establecido en el artículo 62.2 LOEX.

[1406] Véase la Circular 5/2011 de la FGE, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de extranjería e inmigración.

VI. EXPULSIÓN FORZOSA Y LAS DENOMINADAS EXPULSIONES EXPRÉS

El cuarto «tipo» de expulsión al que nos hemos referido en la clasificación inicial ha sido la denominada, de manera pleonástica, expulsión forzosa, como si existiera la expulsión voluntaria, aunque más que a otro tipo de supuesto de expulsión, se refiere, en realidad, a la forma de ejecución. Lo más cercano a una expulsión volitiva sería la salida voluntaria del extranjero cuando conoce que se ha decretado su expulsión y «voluntariamente» decide abandonar el territorio o cuando el extranjero lo solicita como sustitutivo de la pena de prisión (art. 57.7 b) LOEX).

Se contempla esta expulsión llamada forzosa, a la que desde nuestro punto de vista sería más correcto denominar «inminente», para el supuesto regulado en el art. 246.3 del RLOEX, según el cual, transcurrido el plazo para cumplir la salida del territorio español de forma voluntaria en el plazo establecido en el procedimiento ordinario, que oscilará entre 7 y 30 días, sin que lo haya hecho:

«Los funcionarios policiales competentes en materia de extranjería procederán a su detención y conducción hasta el puesto de salida por el que haya de hacerse efectiva la expulsión. Si la expulsión no se pudiera ejecutar en el plazo de 72 horas desde el momento de la detención, el instructor o el responsable de la unidad de extranjería del Cuerpo Nacional de Policía ante la que se presente el detenido, podrá solicitar de la autoridad judicial el ingreso del extranjero en los centros de internamiento establecidos al efecto».

Cabe recordar que, de acuerdo al mismo artículo:

«El periodo de internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para ejecutar la expulsión, que no podrá prolongarse en ningún caso más allá de sesenta días, o hasta que se constate la imposibilidad de ejecutarla en dicho plazo. No podrá acordarse un nuevo internamiento sobre la base del mismo expediente de expulsión».

Por otro lado, según el art. 246.7 RLOEX:

«Si el extranjero formulase petición de protección internacional, se suspenderá la ejecución de la resolución de expulsión hasta que se haya inadmitido a trámite o resuelto, de conformidad con lo establecido en la normativa de protección internacional. Igualmente, se suspenderá la ejecución de la expulsión en los casos de mujeres embarazadas cuando suponga un riesgo para la gestación o para la vida o la integridad física de la madre o cuando se trate de personas enfermas y la medida pueda suponer un riesgo para su salud».

Cuando el extranjero es privado de libertad para la ejecución en el plazo de 72 horas, nos encontraríamos ante lo que se ha denominado «expulsión exprés», que se aplica a los casos de resolución de expulsión firme, en el caso de haber expirado el plazo de cumplimiento voluntario sin que el extranjero haya abandonado el territorio nacional. La Ley autoriza su detención, su conducción al puesto de salida y, en caso de que la expulsión no pudiera materializarse en 72 horas, su internamiento (art. 64.1 y 64.4 LOEX). Tal como ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional, en sentencias como la 24/2000, de 31 de enero, es necesario distinguir entre la orden de expulsión, que constituye una sanción administrativa adoptada por el Delegado del Gobierno (o por el Subdelegado), susceptible de revisión ante dicho orden jurisdiccional, y la resolución del órgano judicial que resulta necesaria para que la Administración pueda materializar el internamiento[1407] a efectos de expulsión de un extranjero, que contempla el art. 62 LOEX[1408].

También se contempla esta modalidad «exprés» en casos de devolución que veremos en el capítulo siguiente (arts. 58.3 y 58.6 LOEX), o incluso a supuestos de denegación de entrada (art. 60.4 LOEX).

[1407] El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en decisión de un recurso prejudicial presentado por un Tribunal de Bulgaria, decidió en una Sentencia de 30 noviembre 2009, asunto C-357/09, *inter alia*, que el apartado 4 del artículo 15 de la Directiva, «debe interpretarse en el sentido de que solo una perspectiva real de que la expulsión puede llevarse a buen término, habida cuenta de los plazos fijados en el artículo 15.5 y 15.6 (un máximo de seis meses de internamiento prorrogable hasta 12 meses en ciertas circunstancias) de la propia Directiva, corresponde a una perspectiva razonable de expulsión y que esta no existe cuando parece poco probable que el interesado sea admitido en un tercer país, habida cuenta de los citados plazos» (párr. 67). Véase asimismo la STJUE de 21 de diciembre de 2011, asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10, *N.S. y otros*, que refuerza en el orden europeo las garantías de aplicación del SECA, incluyendo lógicamente la de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea.

[1408] A este respecto la STC 180/1996, de 12 noviembre 1996, nos dice: «Conforme ha afirmado este Tribunal en la STC 115/85 y reiterado en la STC 144/90, "la decisión judicial en relación con la medida de internamiento del extranjero pendiente de expulsión, previsto en el art. 26.2 de la citada Ley Orgánica , ha de ser adoptada mediante resolución judicial motivada, que debe respetar los derechos fundamentales de defensa, incluidos los previstos en el art. 30.2 LO 7/85, en conexión con el art. 6.3 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, así como la interposición de los recursos que procedan contra la resolución judicial y eventualmente los reconocidos en el art. 35 LO 7/85, en conexión con el art. 5.4 del citado Convenio Europeo. La resolución judicial, pues, no solo controlará la pérdida de libertad, sino que permitirá al interesado presentar sus medios de defensa, evitando así que la detención presente el carácter de internamiento arbitrario. El órgano judicial, por otra parte, habrá de adoptar libremente su decisión, teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, pero no las relativas a la decisión de expulsión, sino las concernientes, entre otros aspectos, a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de su huida o cualquier otra que el Juez estime relevante para adoptar su decisión, dado que el internamiento del extranjero debe regirse por el principio de excepcionalidad y la libertad debe ser respetada, salvo que se estime indispensable la pérdida de su libertad por razones de cautela o de prevención que habrían de ser valoradas por el órgano judicial" (…) Porque, como ya se dijo en la STC 115/87, la decisión de internamiento no es una decisión administrativa, sino judicial: "la disponibilidad sobre la pérdida de libertad es judicial, sin perjuicio del carácter administrativo de la decisión de expulsión y de la ejecución de la misma"» (FFJJ 3º y 4º).

En todo caso, el extranjero goza, al menos, de todos los derechos de un detenido, especialmente los recogidos en el art. 17.3 CE, así como los resultantes de la LOEX y el RLOEX, con la aplicación, siquiera sea en beneficio pro extranjero, del art. 520 LECrim. En los procedimientos de extranjería de expulsión, de devolución o de denegación de entrada en los que haya de procederse a la detención (art. 61.1.d) párrafo segundo LOEX) para la ejecución forzosa de la salida de España del extranjero, la jurisprudencia constitucional le reconoce la extensión de todos los derechos propios de una situación de privación de libertad, al igual que en el supuesto de detención cautelar (art. 61.1.d) LOEX).

Por ello, se deberá designar letrado para asistir al detenido cuya expulsión se pretende ejecutar, sin intervención judicial, en el plazo máximo de la detención (72 horas). En caso contrario se podría incurrir en un delito del articulo 537 CP, y acudir al Juzgado de guardia en caso de persistir la negativa a la asistencia letrada a los efectos de presentar la oportuna denuncia y *habeas corpus.*

Dada la creciente importancia y la cada vez mayor frecuencia de las denominadas «expulsiones exprés», que han superado a las expulsiones desde los CIE, la Subcomisión de Extranjería del CGAE acordó la procedencia de realizar un «Protocolo de actuación en supuestos de ejecución en el plazo de 72 h. de expulsiones, devoluciones y denegaciones de entrada».

Finalmente, vamos a destacar la posibilidad de recurso contra la ejecución forzosa en el supuesto de considerar no ajustada a derecho la actuación policial, teniendo en cuenta la afectación de ciertos derechos fundamentales y libertades públicas, como son, entre otros, los art. 19 CE (libertad de circulación), art. 17 (derecho a la libertad personal) y art. 24.2 (indefensión y tutela judicial efectiva). Estaríamos ante un recurso contencioso administrativo por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales (arts. 114 a 122 LJCA) con petición de medida cautelar urgente (art. 130 LJCA)[1409].

[1409] CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA, *Protocolos de actuación letrada en materia de extranjería*, Thomson Reuters Lex Nova, 2012, p. 2.

VII. EXPULSIÓN DE CIUDADANOS COMUNITARIOS: REQUISITOS DE LA RESOLUCIÓN DE EXPULSIÓN

A. Las condiciones de expulsión de los ciudadanos de la Unión Europea

Hemos adelantado que es posible una resolución de expulsión de un ciudadano comunitario –por tanto, de un «no extranjero» en sentido estricto– siempre que se den una serie de circunstancias, tal y como vamos exponer, y esté suficientemente motivada y notificada al interesado en la forma legalmente establecida, incluyendo el plazo en que el interesado habrá de salir de España, que, salvo casos de urgencia debidamente justificados, no podrá ser inferior a un mes a partir de la fecha de notificación de la resolución.

Como se desprende del vigesimocuarto considerando de la Directiva 2004/38/CE, se establece un régimen de protección frente a medidas de expulsión que se basa en el grado de integración de las personas afectadas en el Estado miembro de acogida, de modo que cuanto mayor sea la integración de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia en el Estado miembro de acogida, tanto mayor debería ser la protección contra la expulsión.

El art. 28 de la Directiva 2004/38/CE sobre el derecho de los ciudadanos de la Unión Europea y de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de la Unión Europea (DO L 158 de 30.4.2004, p. 77), establece que:

«Antes de tomar una decisión de expulsión del territorio por razones de orden público o seguridad pública, el Estado miembro de acogida deberá tener en cuenta, en particular, la duración de la residencia del interesado en su territorio, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en el Estado miembro de acogida y la importancia de los vínculos con su país de origen. El Estado miembro de acogida no podrá tomar una decisión de expulsión del territorio contra un ciudadano de la UE o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, que haya adquirido un derecho de residencia permanente en su territorio, excepto por motivos graves de orden público o seguridad pública. No se podrá adoptar una decisión de expulsión contra un ciudadano de la Unión, excepto si la decisión se basa en motivos imperiosos de seguridad pública tal que definidos por los Estados miembros, cuando este:

a) haya residido en el Estado miembro de acogida durante los diez años anteriores, o

b) sea menor de edad, salvo si la expulsión es necesaria en interés del niño, tal como establece la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989».

Por su parte, el Art. 15 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE núm. 51, de 28 de febrero)., que incorpora las previsiones de la referida Directiva, dispone que:

«Cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, se podrá adoptar alguna de las medidas siguientes en relación con los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o con los miembros de su familia:

a) Impedir la entrada en España, aunque los interesados presenten la documentación prevista en el artículo 4 del presente real decreto.

b) Denegar la inscripción en el Registro Central de Extranjeros, o la expedición o renovación de las tarjetas de residencia previstas en el presente real decreto.

c) Ordenar la expulsión o devolución del territorio español.

Únicamente podrá adoptarse una decisión de expulsión respecto a ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o a miembros de su familia, con independencia de su nacionalidad, que hayan adquirido el derecho de residencia permanente en España, si existen motivos graves de orden público o seguridad pública. Asimismo, antes de adoptarse una decisión en ese sentido, se tendrán en cuenta la duración de la residencia e integración social y cultural del interesado en España, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, y la importancia de los vínculos con su país de origen».

Según el art. 15.5:

«La adopción de alguna de estas medidas se atendrá a los siguientes criterios:

a) Habrá de ser adoptada con arreglo a la legislación reguladora del orden público y la seguridad pública y a las disposiciones reglamentarias vigentes en la materia.

b) Podrá ser revocada de oficio o a instancia de parte cuando dejen de subsistir las razones que motivaron su adopción.

c) No podrá ser adoptada con fines económicos.

d) Cuando se adopte por razones de orden público o de seguridad pública, deberán estar fundadas exclusivamente en la conducta personal de quien sea objeto de aquellas, que, en todo caso, deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, y que será valorada, por el órgano competente para resolver, en base a los informes de las Autoridades policiales, fiscales o judiciales

que obren en el expediente. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá, por sí sola, razón para adoptar dichas medidas».

Al igual que establecía la Directiva referida, dispone el artículo 15.6 que:

«No podrá adoptarse una decisión de expulsión o repatriación respecto a ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, salvo si existen motivos imperiosos de seguridad pública, en los siguientes casos:

a) Si hubiera residido en España durante los diez años anteriores, o:

b) Si fuera menor de edad, salvo si la repatriación es conforme al interés superior del menor, no teniendo dicha repatriación, en ningún caso, carácter sancionador».

B. Ámbito subjetivo de aplicación del régimen comunitario de expulsión

Conviene aclarar que cuando el legislador se refiere a «ciudadano de la Unión Europea», alude a todo aquel a quien le es aplicable el régimen de la Unión Europea, lo que comprende a los nacionales de Estados asimilados y a los nacionales de terceros Estados que sean miembros de la familia de un ciudadano de la UE[1410]. Tienen el mismo régimen jurídico los nacionales de los estados firmantes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y los ciudadanos suizos[1411].

Los arts. 21 y siguientes de la Directiva 2004/38/CE extienden el ámbito de aplicación del régimen comunitario de la expulsión a los nacionales de terceros países que sean miembros de la familia del ciudadano de la Unión Europea que le acompañen o se reúnan con él. Tomando en consideración lo previsto en los arts. 2 y 3 de la citada Directiva, la jurisprudencia del TJUE y las orientaciones contenidas en la citada Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 2 de julio de 2009, habrán de seguirse las siguientes reglas exegéticas:

Primero, solo son beneficiarios del régimen comunitario los miembros de la familia que acompañen o se reúnan con cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a un Estado diferente del que es nacional[1412]. Por tanto, los miembros de la familia de un

[1410] A día de hoy, son ciudadanos de la UE los nacionales de Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Polonia, Portugal, República Checa, República Eslovaca, Rumania y Suecia.

[1411] En virtud del Acuerdo suscrito el 21 de junio de 1999 entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza.

[1412] Véase la STJUE de 15 de noviembre de 2011, asunto C-256/11, *Dereci y Otros.*

ciudadano español que siempre ha residido en España están excluidos del régimen comunitario. Sin embargo, cuando el ciudadano español ha residido en otro Estado comunitario donde ha formado su familia y vuelve a España a residir, sus familiares están comprendidos en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario[1413].

Segundo, están comprendidos los cónyuges que han contraído matrimonio válido y las parejas unidas por una relación estable o duradera de afectividad cuando la relación y su estabilidad hayan sido acreditadas por cualquier medio de prueba. No son válidos, por ser contrarios al orden público español, los matrimonios polígamos[1414], los fraudulentos y los matrimonios forzados.

Tercero, están comprendidos:

a) los ascendientes que se encuentren a cargo del ciudadano comunitario o de su cónyuge;
b) los descendientes menores de veintiún años;
c) los descendientes mayores de esa edad que se encuentren a cargo del ciudadano comunitario o de su cónyuge;
d) los hijos adoptivos y los sometidos a tutela de un ciudadano comunitario; y,
e) otros miembros de la familia sin limitación de grado o línea que estén a cargo o vivan con el ciudadano de la Unión o, en caso de que, por motivos graves de salud, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia. La dependencia debe ser material (mantenimiento), debiendo descartarse la dependencia emocional[1415]. Se trata de una situación de hecho que nada tiene que ver con el derecho a recibir o no alimentos según la legislación civil[1416]. La dependencia será valorada caso a caso, debiéndose probar si, habida cuenta de sus circunstancias personales, los medios económicos de los miembros de la familia les permiten vivir al nivel mínimo de subsistencia en su país de residencia habitual[1417]. Cualquier medio de prueba sobre la dependencia es admisible[1418].

Finalmente, es preciso recordar el Real Decreto 987/2015, de 30 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre

[1413] Véanse las SSTJUE de 7 de julio de 1992, asunto C-370/90, *Singh*; de 11 de diciembre de 2007, asunto C-291/05, *Eind*; de 11 de julio de 2002, asunto C-60/00, *Carpenter*.
[1414] STEDH de 6 de enero de 1992, *Alilouch El Abasse c. Países Bajos*.
[1415] STJUE de 19 de octubre de 2004, asunto C-200/02, *Zhu y Chen*.
[1416] STJUE de 9 de enero de 2007, asunto C-1/2005, *Jia*.
[1417] *Ibid*.
[1418] SSTJUE de 17 de febrero de 2005, asunto C-215/03, *Oulane*, y de 9 de enero de 2007, asunto C-1/2005, *Jia*.

circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que introdujo un art. 2 bis, incorporando el concepto de familia extensa previsto en el art. 3.2 de la Directiva 2004/38/CE. En virtud de esta modificación, se podrá solicitar la aplicación de las disposiciones del Real Decreto a los miembros de la familia de un ciudadano de la UE o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que, no estando comprendido en los supuestos del art. 2, se encuentren en alguna de las siguientes circunstancias:

1. Que en el país de procedencia esté a su cargo o vivan con él.
2. Que por motivos graves de salud o de discapacidad, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia.

De acuerdo con el apartado 2 de este artículo 2 bis:

«En el caso de una pareja de hecho, se considerará que se trata de una pareja estable aquella que acredite la existencia de un vínculo duradero. En todo caso, se entenderá la existencia de este vínculo si se acredita un tiempo de convivencia marital de, al menos, un año continuado, salvo que tuvieran descendencia en común, en cuyo caso bastará la acreditación de convivencia estable debidamente probada».

C. Motivos imperiosos de seguridad pública

Tal y como hemos visto, tanto la Directiva 2004/38/CE como el Real Decreto 240/2007, refieren la exigencia de «motivos imperiosos de seguridad pública» para poder expulsar a ciudadanos de Estados miembros que hayan residido en el Estado miembro de acogida durante los diez años anteriores, como mayor garantía y protección de sus derechos de libre circulación y residencia.

Así se ha interpretado por el Tribunal de Justicia de la UE en varias ocasiones, como en la citada Sentencia de 23 de noviembre de 2010, asunto *Tsakouridis*, donde señala, entre otras declaraciones:

«Que del vigesimotercer considerando de la Directiva 2004/38/CE se desprende que la expulsión de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia por razones de orden público o seguridad pública puede perjudicar seriamente a las personas que, haciendo uso de los derechos y de las libertades conferidas por el Tratado, se integraron verdaderamente en el Estado miembro de acogida. Por este motivo, un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, que haya adquirido un derecho de residencia permanente

en el territorio del Estado miembro de acogida no podrá ser objeto de una decisión de expulsión del territorio "excepto por motivos graves de orden público o seguridad pública"» (págs. 24-25).

Dispone esta misma Sentencia que:

«Respecto a los ciudadanos de la Unión que hayan residido en el Estado miembro de acogida durante los diez años anteriores, el artículo 28, apartado 3, de la Directiva 2004/38 refuerza considerablemente la protección contra las medidas de expulsión al establecer que no puede adoptarse una medida de ese tipo, excepto si la decisión se basa en "motivos imperiosos de seguridad pública tal que definidos por los Estados miembros"» (párr. 28).

Entiende el Tribunal que la concurrencia de «motivos imperiosos» de seguridad pública supone un nivel particularmente elevado de gravedad, por lo que el legislador de la Unión ha pretendido claramente circunscribir las medidas fundadas en dicho apartado a «circunstancias excepcionales».

En materia de seguridad pública, el Tribunal de Justicia ha declarado que dicho concepto comprende tanto la seguridad interior de un Estado miembro como su seguridad exterior[1419]. Igualmente, comprende el ataque al funcionamiento de las instituciones y de los servicios públicos esenciales, así como la supervivencia de la población, además del riesgo de una perturbación grave de las relaciones exteriores o de la coexistencia pacífica de los pueblos, o, incluso, el ataque a intereses militares[1420].

Hay que añadir que el artículo 27.2 de la Directiva 2004/38/CE destaca que la conducta personal del interesado debe constituir una amenaza real y actual que afecte a un interés fundamental de la sociedad o del Estado miembro afectado, que la existencia de condenas penales anteriores no puede constituir por sí sola una razón para adoptar medidas por razones de orden público o seguridad pública y que no pueden argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general.

Por tanto, procederá evaluar la conducta personal tomando como referencia, en particular, las penas que pueden aplicarse y las solicitadas, el nivel de implicación en la actividad criminal, la gravedad del perjuicio y, en su caso, la tendencia a reincidir[1421], y, por otro lado, el riesgo de poner en peligro la reinserción social del ciudadano de la Unión en el Estado en el que está verdaderamente integrado, la cual redunda en interés no solo de este último, sino también de la Unión Europea en general. La pena impuesta también

[1419] Véanse, en particular, las SSTJUE de 26 de octubre de 1999, asunto C-273/97, *Sirdar*, párr. 17; de 11 de enero de 2000, asunto C-285/98, *Kreil*, párr. 17; de 13 de julio de 2000, asunto C-423/98, *Albore*, párr. 18, y de 11 de marzo de 2003, asunto C-186/01, *Dory*, párr. 32.
[1420] Véanse, en particular, las SSTJUE de 10 de julio de 1984, asunto 72/83, *Campus Oil y otros*, págs. 34 y 35; de 17 de octubre de 1995, asunto C-70/94, *Werner*, párr. 27; de 13 de julio de 2000, asunto C-423/98, *Albore*, párr. 22, y de 25 de octubre de 2001, asunto C-398/98, *Comisión c. Grecia*, párr. 29.
[1421] Véase, en este sentido, la STJUE de 27 de octubre de 1977, asunto 30/77, *Bouchereau*, párr. 29.

debe ser tomada en consideración como uno de estos factores. Una condena a una pena de cinco años no puede provocar una decisión de expulsión sin tener en cuenta estos aspectos, algo que corresponde examinar al juez nacional.

Seguridad pública

En el caso de un ciudadano de la Unión que haya pasado legalmente la mayor parte, o incluso la totalidad, de su infancia y de su juventud en el Estado miembro de acogida, habrá que apuntar razones muy sólidas para justificar la medida de expulsión[1422].

En la citada Sentencia de 22 de mayo de 2012, el TJUE señalaba lo siguiente:

«El Derecho de la Unión no impone a los Estados miembros una escala uniforme de valores para la apreciación de aquellos comportamientos que puedan considerarse contrarios a la seguridad pública (…). Según los términos del artículo 28.3, de la Directiva 2004/38/CE, los motivos imperiosos de seguridad pública serán "definidos por los Estados miembros". Si bien, esencialmente, los Estados miembros disponen de libertad para definir, con arreglo a sus necesidades nacionales las exigencias de orden público y de seguridad pública, no obstante tales exigencias, en particular como justificación de una excepción al principio fundamental de la libre circulación de las personas, deben interpretarse en sentido estricto, de manera que su alcance no puede ser determinado unilateralmente por cada Estado miembro sin control de las instituciones de la Unión Europea»[1423].

Por consiguiente, una medida de expulsión debe basarse en un examen individual de cada caso concreto[1424] y solo puede estar justificada por motivos imperiosos de seguridad pública si, habida cuenta de la excepcional gravedad de la amenaza, tal medida es necesaria para proteger los intereses que pretende garantizar, a condición de que este objetivo no pueda alcanzarse con medidas menos estrictas, teniendo en cuenta la duración de la residencia del ciudadano de la Unión en el Estado miembro de acogida y, en particular, las consecuencias negativas graves que una medida de ese tipo puede generar para los ciudadanos de la Unión que están verdaderamente integrados en el Estado miembro de acogida[1425].

[1422] Véase, en particular, la STEDH de 23 de junio de 2008, *Maslov c. Austria*, párs. 71 a 75.
[1423] Por lo que respecta al primer enunciado de esta declaración, véase, por analogía, la STJUE de 20 de noviembre de 2001, asunto C-268/99, *Jany y otros*, párr. 60. En cuanto a lo demás, véanse, en particular, las SSTJUE de 10 de julio de 2008, asunto C-33/07, *Jipa*, párr. 23; de 17 de noviembre de 2011, asunto C-430/10, *Gaydarov*, párr. 32, y de 17 de noviembre de 2011, asunto C-434/10, *Aladzhov*, párr. 34.
[1424] Véase, en particular, la STJUE de 25 de julio de 2008, asunto C-127/08, *Metock y otros*, párr. 74.
[1425] STS 747/2019 de 3 junio de 2019, FFJJ 3º, 4º y 5º.

D. Efectos de la resolución de expulsión: particularidades del procedimiento en nuestro ordenamiento

La resolución de expulsión ejecutada válidamente contra el interesado interrumpe la continuidad de la residencia. En los casos en los que una resolución de expulsión vaya a ejecutarse más de dos años después de haberse dictado, las autoridades competentes deberán comprobar y valorar posibles cambios de circunstancias que pudieran haberse producido desde el momento en el que se adoptó la decisión de expulsión, así como la realidad de la amenaza que el interesado representa para el orden público o la seguridad pública.

Asimismo, aquellas personas que hayan sido objeto de una decisión de prohibición de entrada en España podrán presentar una solicitud de levantamiento de la misma en un plazo razonable que será determinado por la Autoridad competente en función de las circunstancias concurrentes y que constará en la resolución por la que se determine la prohibición de entrada. La solicitud de levantamiento de la prohibición de entrada se realizará con alegación de los motivos que demuestren un cambio material de las circunstancias que justificaron la prohibición de entrada en España.

En todo caso, dicha solicitud podrá ser presentada transcurridos tres años desde la ejecución de la decisión de prohibición de entrada en España. La Autoridad competente que resolvió dicha prohibición de entrada deberá resolver dicha solicitud en un plazo máximo de tres meses a partir de su presentación. Durante el tiempo en el que dicha solicitud es examinada, el afectado no podrá entrar en España.

Descendiendo a los aspectos prácticos del procedimiento contemplados en nuestra normativa, vamos a recordar que cuando la resolución administrativa de expulsión se dirija a una persona que es ya titular de certificado de registro de ciudadano de la UE[1426], requerirá el informe previo de la Abogacía del Estado en la provincia, salvo en aquellos casos en que concurran razones de urgencia debidamente motivadas.

En el supuesto de que el ciudadano comunitario recurra, vía administrativa o judicial, contra la resolución de expulsión y se solicite la suspensión de la ejecución de dicha resolución, no podrá ejecutarse hasta el momento en que se haya decidido por parte de la Administración o el Juzgado si procede o no la medida cautelar, salvo que se den las circunstancias mencionadas en el artículo 17 del Real Decreto 240/2007, que son:

a) Que la resolución de expulsión se base en una decisión judicial anterior.
b) Que las personas afectadas hayan tenido acceso previo a la revisión judicial.

[1426] Con anterioridad a que se dicte por parte del Delegado o Subdelegado de Gobierno.

c) Que la resolución de expulsión se base en motivos imperiosos de seguridad pública de acuerdo artículo 15.5.a) y d) del Real Decreto 240/2007.

En caso contrario, según dispone el segundo apartado del artículo 17:

«Durante la sustanciación del recurso judicial, el interesado no podrá permanecer en territorio español, salvo en el trámite de vista, en que podrá presentar personalmente su defensa, excepto que concurran motivos graves de orden público o de seguridad pública o cuando el recurso se refiera a una denegación de entrada en el territorio».

Cabe señalar también que el Juzgado puede acordar el internamiento en CIE de nacionales comunitarios o de sus familiares en tanto se pueda ejecutar la expulsión por parte de la Policía, en caso de que no haya realizado la salida voluntariamente.

Ahora bien, si esa expulsión se quisiera ejecutar cuando han pasado más de dos años después de haberse dictado la resolución, según establece el artículo 15.4:

«Las autoridades competentes deberán comprobar y valorar posibles cambios de circunstancias que pudieran haberse producido desde el momento en el que se adoptó la decisión de expulsión, así como la realidad de la amenaza que el interesado representa para el orden público o la seguridad pública».

Por último, en el caso de haber sido ya objeto de una decisión de prohibición de entrada en España, de acuerdo al art. 15.2 del Real Decreto, las personas afectadas:

«Podrán presentar una solicitud de levantamiento de la misma, una vez transcurrido el tiempo de prohibición o, al menos, pasados tres años desde que se acordó esta. La solicitud de levantamiento de la prohibición de entrada se realizará con alegación de los motivos que demuestren un cambio material de las circunstancias que justificaron la prohibición de entrada en España».

VIII. OTROS CASOS ESPECIALES DE EXPULSIÓN

A. Expulsión de menores no acompañados

En primer lugar, cabe afirmar que la doctrina, con carácter mayoritario, viene considerando que la regulación vigente prohíbe de manera tácita la expulsión del menor de edad[1427]. Incluso determinados países establecen la imposibilidad legal de expulsar a un menor de edad, como es el caso de Francia, que regula de manera expresa que no puede ser objeto de la medida de reconducción a la frontera «el extranjero menor de 18 años»[1428].

[1427] RUIZ LEGAZPI, A., *La expulsión de menores extranjeros*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2011, pp. 16 y ss.
[1428] Véase la Ordenanza núm. 2004-1248, de 24 de noviembre de 2004, artículo L. 511-4.

Por su parte, en la normativa comunitaria, a pesar de tener por finalidad la protección del menor, no se prohíbe la expulsión de menores no acompañados, tal y como se desprende de la Directiva de Retorno, cuyo artículo 10 establece unos parámetros mínimos a cumplir para los Estados miembros centrados, esencialmente, en la asistencia de los servicios pertinentes distintos de las autoridades encargadas de la ejecución del retorno, teniendo debidamente en cuenta el interés superior del niño. Asimismo, según este precepto, antes de expulsar (luego es posible hacerlo) del territorio de un Estado miembro a un menor no acompañado, las autoridades se cerciorarán de que será entregado a un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno.

En segundo lugar, nuestro ordenamiento, hace referencia a la «repatriación» del menor (no se habla de expulsión del menor) con lo que se elimina la connotación sancionadora del término y, por otro lado, se elimina implícitamente su consideración de irregular, ya que el menor que tiene entrada en territorio español con carácter irregular y no acompañado, se sitúa bajo la tutela administrativa de los servicios de protección de menores, lo que determina la regularidad de su estancia[1429].

1. Determinación de la minoría de edad

Además de remitirnos a lo ya dicho en el capítulo sobre los instrumentos internacionales de protección de los derechos del niño, vamos a recordar la importancia de la determinación de minoría de edad para poder aplicar las normas en función del interés superior del menor, y para cuya determinación habrá de considerarse si se encuentra o no documentada de forma suficiente y válida.

En el primer supuesto será de aplicación lo dispuesto en el art. 12.4 de la LO 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor[1430], mientras que, si carece de documentación, algo nada infrecuente, se aplicarán los arts. 35.3 LOEX y 190 RLOEX o

[1429] Art. 35.7 LOEX: «Se considerará regular, a todos los efectos, la residencia de los menores que sean tutelados en España por una Administración Pública o en virtud de resolución judicial, por cualquier otra entidad. A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se otorgará al menor una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores. La ausencia de autorización de residencia no impedirá el reconocimiento y disfrute de todos los derechos que le correspondan por su condición de menor».

[1430] Artículo 12.4, en su redacción dada por Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia: «Cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor de edad a los efectos de lo previsto en esta ley, en tanto se determina su edad. A tal efecto, el Fiscal deberá realizar un juicio de proporcionalidad que pondere adecuadamente las razones por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado, en su caso, no es fiable. La realización de pruebas médicas para la determinación de la edad de los menores se someterá al principio de celeridad, exigirá el previo consentimiento informado del afectado y se llevará a cabo con respeto a su dignidad y sin que suponga un riesgo para su salud, no pudiendo aplicarse indiscriminadamente, especialmente si son invasivas».

48.2 de la Ley 12/2009, en sus respectivos casos. Las dudas sobre la validez de dichas fechas o documentos deberán resolverse mediante gestiones ante las autoridades competentes del Estado emisor del documento (esto es, prevalecen las fechas de los documentos válidos sobre las pruebas médicas)[1431]. Tal y como ha afirmado el TS, en una Sentencia de 23 de noviembre de 2014:

«La correcta interpretación de los artículos de la Ley y Reglamento de Extranjería permite mantener que el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte legalmente expedido por el país de origen cuya validez no ha sido cuestionada ni ha sido invalidado por ningún organismo competente. Se hace necesario, por tanto, realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que un documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad»[1432].

La determinación de la minoría de edad va a ser el primer paso para aplicar la consideración especial hacia los menores. En este caso, nos referimos a los no acompañados, respecto al objeto de este trabajo, la expulsión, refiriéndose a ella como retorno o repatriación y no como expulsión. Cabe recordar, además, el cambio de criterio respecto a los menores de edad y mayores de 16 años a finales de 2004, cuando la FGE adopta la Instrucción 6/2004, que deja sin efecto la anterior en la materia, la Instrucción 3/2003, en la que se ordenaba a los fiscales que dictaminaran a favor del retorno a su país de origen de los menores extranjeros mayores de 16 años que acceden de forma irregular a nuestro país, sin que se pudiera aplicárseles una orden de desamparo para que pudieran

[1431] En los supuestos de contradicción entre los resultados de las pruebas médicas en relación con la edad de una persona y las fechas de nacimiento que consten en los documentos enumerados en los arts. 38 y 39 del Convenio Bilateral de Cooperación Judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre España y Marruecos de 30 de mayo de 1997, art.19 del Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre España y Argelia de 24 de febrero de 2005 y art. 19 del Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre España Mauritania de 12 de septiembre de 2006, deberán prevalecer estas últimas. Por otro lado, la Instrucción del Fiscal General del Estado 1/2012 sobre la coordinación del Registro de menores extranjeros no acompañados, establece para los menores extranjeros no acompañados cuya minoría de edad resulte indubitada para los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado que «la fecha de nacimiento será determinada a los efectos registrales por la documentación genuina en posesión del menor, o por su obtención posterior de las representaciones consulares o diplomáticas correspondientes, o por cualquier otro medio admitido en Derecho, e incorporada al registro por el Cuerpo Nacional de Policía; por la que fije la Administración del Estado en resolución administrativa dictada al efecto; por la que establezca la Comunidad Autónoma, fuera del ámbito de aplicación del art. 35.3 LOEX, con el consentimiento informado del interesado, cuando precise fijar una edad concreta dentro de la minoría de edad; por resolución judicial dictada en cualquier orden jurisdiccional, en cuyo caso tendrá carácter prioritario».

[1432] STS 3818/2014, de 23 de septiembre de 2014, conclusión 3ª.

permanecer en España bajo tutela de la administración correspondiente[1433]. En la actualidad es menor y como tal es considerado hasta los 18 años.

2. Menores no acompañados

La ya referida Resolución 1810 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre los problemas relacionados con la llegada, estancia y retorno de menores no acompañados en Europa, establecía una serie de principios a seguir para todos los Estados miembros, y disponía lo siguiente: «Es la protección de los niños y no el control de la inmigración lo que debe ser el principal motor de los Estados con respecto a los menores no acompañados. Los menores no acompañados deben ser tratados principalmente como menores y no como migrantes. El interés superior del menor debe primar en todas las decisiones tomadas en su sentido, cualquiera que sea su estatuto al amparo de la reglamentación sobre inmigración o estancia (…)».

En nuestro ordenamiento, la regulación sobre los menores no acompañados se contempla en el artículo 35 de la LO 4/2000, cuyo apartado quinto dispone:

«La Administración del Estado solicitará informe sobre las circunstancias familiares del menor a la representación diplomática del país de origen con carácter previo a la decisión relativa a la iniciación de un procedimiento sobre su repatriación. Acordada la iniciación del procedimiento, tras haber oído al menor si tiene suficiente juicio, y previo informe de los servicios de protección de menores y del Ministerio Fiscal, la Administración del Estado resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen, a aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España. De acuerdo con el principio de interés superior del menor, la repatriación al país de origen se efectuará bien mediante reagrupación familiar, bien mediante la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores, si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela por parte de los mismos».

Por tanto, la competencia sobre esta medida recae en las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno conforme prevé el artículo 35 de la LOEX y los acuerdos bilaterales suscritos por España sobre la materia, que, en todo caso, deben respetar lo dispuesto en la normativa.

3. Procedimiento

Respecto al procedimiento, cabe recordar que, una vez comunicado el acuerdo de incoación del mismo, según el art. 193.1 RLOEX:

[1433] Nos referimos a la Instrucción 6/2004 de la FGE sobre Tratamiento Jurídico de los Menores Extranjeros Inmigrantes No Acompañados, por la que se deroga la anterior Instrucción 3/2003 de la FGE, sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo.

«Se iniciará un periodo de diez días hábiles (…) en el que el menor extranjero, la entidad que ostente su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda y, en su caso, el Ministerio Fiscal podrán formular cuantas alegaciones de hecho o de derecho consideren oportunas, así como proponer las pruebas pertinentes sobre los hechos alegados.

Si el menor ha alcanzado la edad de dieciséis años podrá intervenir en esta fase por sí mismo o a través de representante que designe. En caso de que no haya alcanzado dicha edad, será representado por la entidad que ostente su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda.

No obstante, cuando el menor de dieciséis años con juicio suficiente hubiera manifestado una voluntad contraria a la de quien ostenta su tutela legal, custodia, protección provisional, guarda o representación legal, se suspenderá el curso del procedimiento hasta que le sea nombrado defensor judicial. Sin perjuicio de que pueda apreciarse dicho grado de madurez en una edad inferior, se entenderá que el extranjero mayor de doce años tiene juicio suficiente.

Corresponderá al Ministerio Fiscal, al propio menor o a cualquier persona con capacidad para comparecer en juicio instar de la autoridad judicial competente el nombramiento de dicho defensor».

En el trámite de audiencia y resolución, de acuerdo con el art. 194.1 RLOEX, «se garantizará la presencia del menor que tuviera juicio suficiente para que manifieste lo que considere en relación con su repatriación». A dicho trámite serán convocados el Ministerio Fiscal, el tutor y, en su caso, el defensor judicial o el representante designado por el menor. Conforme al apartado 3 de dicho artículo, «el plazo máximo para la resolución y notificación del procedimiento será de seis meses desde la fecha del acuerdo de inicio del procedimiento».

En cuanto a la ejecución de la repatriación, dispone el art. 195 lo siguiente:

> «1. Sin perjuicio de las funciones del Cuerpo Nacional de Policía en la ejecución de la resolución, el menor será acompañado por personal adscrito a los servicios de protección del menor bajo cuya tutela legal, custodia, protección provisional o guarda se encuentre hasta el momento de su puesta a disposición de las autoridades competentes de su país de origen.
>
> (…)
>
> 3. La repatriación se efectuará a costa de la familia del menor o de los servicios de protección de menores de su país. En caso contrario, se comunicará al representante diplomático o consular de su país a estos efectos. Subsidiariamente, la Administración General del Estado se hará cargo del coste de la repatriación (…)».

4. Adquisición de la mayoría de edad mientras están internados y se enfrentan a la expulsión

Tal y como vimos al estudiar la sustitución de la condena por la expulsión, entendemos que, por regla general, no cabe dicha posibilidad en el caso de menores no acompañados cuando cometen un delito. Sin embargo, cabe plantearse qué sucede cuando se impone una medida de internamiento y, durante el transcurso de la misma, el inmigrante en situación irregular cumple la mayoría de edad. En rigor, resultaría aplicable la posibilidad de que continúe el cumplimiento de la pena en prisión en el momento en que el menor cumple los 18 años, configurándola como regla general cuando cumpla los 21 años, en aplicación del artículo 14 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

En el año 2008, el Comité de Ministros del Consejo de Europa dictó una Recomendación relativa a las Reglas Europeas para infractores juveniles, en la que se establecía lo siguiente:

«Los menores que alcancen la mayoría de edad y los jóvenes adultos tratados como menores deberán ser internados con carácter general en centros de internamiento para menores infractores o en instituciones especiales para jóvenes adultos salvo que su reinserción social pueda efectuarse mejor en una institución para adultos»[1434].

Algo poco realista considerando las características de los establecimientos penitenciarios en nuestro país, por lo que resulta difícil su puesta en práctica.

En este sentido, si es posible entonces acordar la entrada del menor en el centro penitenciario de adultos una vez cumplidos los dieciocho años, no vemos razón legal alguna –cosa distinta es su conveniencia, considerando la finalidad de reinserción– que impida que el cumplimiento de la pena privativa de libertad pueda ser sustituido por la expulsión del territorio en aplicación del ya mencionado artículo 89 del Código Penal, cuando se cumplan los requisitos subjetivos y objetivos mencionados en este precepto.

Por tanto, pueden darse dos alternativas «antinómicas» para un mismo supuesto cuando un menor cumpla la mayoría de edad en un centro de internamiento:

- El mantenimiento del menor en el centro de internamiento o la sustitución de esta medida por medidas de diversa índole, con el objetivo de continuar con el proceso de resocialización y reinserción.
- La entrada del menor en el centro penitenciario de adultos para continuar con el cumplimiento de la pena impuesta. Este segundo supuesto chocaría

[1434] Recomendación (2008)11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 5 de noviembre de 2008, *sobre Reglas Europeas para infractores juveniles sometidos a sanciones o medidas*, párr. 59.3.

frontalmente con, por ejemplo, la previsión establecida en el artículo 54.1 LORPM, en el que se establece que:

II. «Las medidas privativas de libertad, la detención y las medidas cautelares de internamiento que se impongan de conformidad a esta Ley se ejecutarán en centros específicos para menores infractores, diferentes a los previstos en la legislación penitenciaria para la ejecución de condenas penales y medidas cautelares privativas de libertad impuestas a los mayores de edad penal»[1435].

Finalmente, cabe señalar que el caso de reclamación por países de la Unión Europea de menores víctimas de trata no se llevará a cabo por los trámites del procedimiento de repatriación, conforme al criterio de la Fiscalía General, ordenando que los fiscales se opongan en el correspondiente procedimiento administrativo y/o judicial al empleo de esta vía administrativa, posición que compartimos.

B. Repatriación de los menores: polémica reciente

Durante los días 17, 18 y 19 de mayo de 2021, cerca de 800 menores extranjeros llegaron a Ceuta por diferentes vías, a los que habría que sumar aquellos que no han sido localizados, así como a los 200 menores ya tutelados antes de «la crisis de la llegada de extranjeros»[1436], y que se pretenden repartir entre diferentes Comunidades Autónomas[1437]. Esta situación propició acelerar las repatriaciones sin el debido respeto al procedimiento, lo que llevó la cuestión al ámbito judicial para paralizar dichas repatriaciones.

Así, con fecha de 24 de agosto de 2021, el Juzgado de lo contencioso-administrativo n.º 1 de Ceuta dictó auto acordando el mantenimiento de la medida cautelarísima y la suspensión de las repatriaciones sin garantías, en concreto, de los 9 menores defendidos por Coordinadora de Barrios y Fundación Raíces[1438]. Por su parte, la Abogacía del Estado aconsejó el desistimiento de la medida cautelar al considerar que las repatriaciones se basaban en la situación excepcional producida en Ceuta mayo y se

[1435] Véase LAFONT NICUESA, L., «Consideraciones específicas sobre el proceso penal de menores cuando el delincuente es un menor no acompañado cuya estancia tiene un origen irregular» en RICHARD GONZÁLEZ, M.; RIAÑO BRUN, I. y POELEMANS, M. (coords.), *Estudios sobre la lucha contra la trata de seres humanos*, Aranzadi, Pamplona, 2013.

[1436] La crisis fronteriza desatada por Marruecos y durante la que accedieron a la ciudad, entre el 17 y el 19 de mayo, más de 12.000 personas, entre ellas un número incierto de menores: entre 1.500 y 3.000. Fuente: Save the children. Informe 2022, en global.

[1437] Durante 2020, el número total de repatriados fueron de 3.738. Informe Save de the children op.cit.

[1438] Véase FUNDACIÓN RAÍCES, «La justicia mantiene la suspensión de las repatriaciones de menores en Ceuta y desestima las alegaciones de la Abogacía del Estado», *Fundación Raíces*, 26 de agosto de 2021. Disponible en http://www.fundacionraices.org/?p=3250 [consulta: 31-05-203].

sustentaban en el Acuerdo bilateral entre el Reino de Marruecos y el Reino de España de 2007.

Sin embargo, ninguna de estas alegaciones fue aceptada por el Juzgado Contencioso-Administrativo n.º 1 de Ceuta.

Respecto del Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la Cooperación en el Ámbito de la Prevención de la Emigración Ilegal de Menores No Acompañados, su Protección y su Retorno Concertado, hecho en Rabat el 6 de marzo de 2007, el auto recoge el contenido de su artículo 5 que indica que:

«Las autoridades competentes españolas, de oficio o a propuesta de la entidad pública que ejerza la tutela sobre el menor, resolverán acerca del retorno a su país de origen, con observancia estricta de la legislación española, las normas y principios del Derecho internacional y de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño».

De nuestra normativa, cabe destacar el artículo 35 de la LOEX y los artículos 189 a 198 del Reglamento 557/2011, que impone a la Delegación de Gobierno "el inicio del procedimiento con la finalidad de determinar las concretas circunstancias de cada uno de los menores, con preceptivo traslado al órgano tutelador, al Ministerio Fiscal y al propio menor a fin de que puedan alegar lo que estime oportuno sobre la idoneidad de su repatriación; finalizando dicho procedimiento con la emisión de una resolución administrativa motivada, en la que el órgano competente, que conforme el artículo 191 del Reglamento de extranjería es la Delegación del Gobierno, decida sobre la repatriación del menor".

Asimismo, el artículo 9 de la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor[1439], atribuye a todo menor, independientemente de su situación legal, el derecho a ser oído tanto en procesos judiciales como administrativos.

Ante esta situación, denunciada por numerosas organizaciones e instituciones nacionales e internacionales, la Jueza determinó lo siguiente:

«No consta que se haya cumplido con ninguno de los preceptivos trámites. No se ha aportado información alguna de los menores afectados que permitan conocer los datos que han determinado su repatriación; no consta que se haya comunicado el inicio del proceso de repatriación ni a los menores; ni a la Ciudad Autónoma pese a asumir ésta la guarda de los menores; ni al Ministerio Fiscal, sin que en modo alguno pueda entenderse que se cumple con los trámites exigidos la mera remisión a Fiscalía del listado de menores que ese mismo día se van a repatriar; y tampoco se ha aportado la resolución motivada susceptible de ser recurrible».

[1439] Se adoptó en cumplimiento de la convención de Derechos del Niños de Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

Frente a la justificación utilizada por la Abogacía del Estado para defender las repatriaciones sin garantías sobre la base de la situación de excepcionalidad vivida en Ceuta desde el pasado 17 de mayo, la Jueza entiende lo siguiente:

«En el presente caso, la legislación española no introduce excepción alguna en la tramitación del procedimiento antes referido, por lo que no puede tomarse en consideración el número de menores que hay en Ceuta con motivo de la situación generada el 17 de mayo para justificar el incumplimiento de las disposiciones legales. [...] El incumplimiento de estos trámites (…) generan indefensión en los menores que han sido privados de la posibilidad de formular alegaciones o proponer prueba; de conocer los concretos datos tenidos en cuenta para adoptar tal decisión; y de poder accionar los recursos establecidos para dejar sin efecto la resolución».

Finalmente, el Juzgado entiende que «sin prejuzgar el fondo del asunto, que se podría haber producido una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, derecho fundamental recogido en el artículo 24 de CE». Aspecto en el que no entraremos ahora, baste reseñar la necesidad de velar, en todo caso, por el interés superior del menor en todo tipo de medidas que se adopten sobre ellos.

C. Opinión del TJUE sobre el retorno de menores no acompañados

A consecuencia de una cuestión prejudicial recientemente presentada ante el TJUE por el gobierno neerlandés, el Tribunal se manifiesta interpretando varios preceptos de la normativa comunitaria que generaban dudas interpretativas sobre la posibilidad o no de efectuar el retorno de menores no acompañados[1440].

La primera cuestión prejudicial se resuelve en el sentido siguiente:

«El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115, en relación con su artículo 5, letra a), y con el artículo 24, apartado 2, de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que, antes de dictar una decisión de retorno respecto de un menor no acompañado, el Estado miembro de que se trate debe realizar una apreciación general y exhaustiva de la situación de este menor, teniendo debidamente en cuenta el interés superior del niño. En este contexto, dicho Estado miembro debe cerciorarse de que en el Estado de retorno se encuentra disponible una acogida adecuada para el menor no acompañado.

(…)

Como ha declarado el Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 5 de la Directiva 2008/115, titulado "No devolución, interés superior del niño, vida familiar y estado de salud". Los Estados miembros, al aplicar dicha Directiva, deben, por una parte, tener debidamente en

[1440] Véase la STJUE de 14 de enero de 2021, asunto C-441/19, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*.

cuenta el interés superior del niño, la vida familiar y el estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate y, por otra, respetar el principio de no devolución» (págs. 60 y 58)[1441].

Por tanto, de acuerdo con este pronunciamiento del TJUE:

«El Estado miembro de que se trate ha de tener debidamente en cuenta varios factores para decidir si adopta o no una decisión de retorno contra un menor no acompañado, en particular, la edad, el sexo, la especial vulnerabilidad, el estado de salud física y mental, la estancia en una familia de acogida, el nivel de escolarización y el entorno social de dicho menor.

(…)

El artículo 10, apartado 2, de esta Directiva dispone que, antes de expulsar del territorio de un Estado miembro a un menor no acompañado, las autoridades de ese Estado miembro se cerciorarán de que será entregado a un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno.

(…)

(…) El hecho de que el Estado miembro de que se trate adopte una decisión de retorno sin haberse asegurado previamente de la existencia de una acogida adecuada en el Estado de retorno para el menor no acompañado tendría como consecuencia que ese menor, aunque haya sido objeto de una decisión de retorno, no podría ser expulsado en caso de inexistencia de una acogida adecuada en el Estado de retorno, con arreglo al artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2008/115» (págs. 47, 48 y 52).

Ya que es preciso proteger el interés superior del niño en todas las fases del procedimiento, tal como se establece en el artículo 5, letra a), de la Directiva 2008/115 y en el artículo 24, apartado 2, de la Carta:

«Antes de adoptar una decisión de retorno, el Estado miembro de que se trate debe llevar a cabo una investigación para comprobar, en concreto, que se encuentra disponible una acogida adecuada en el Estado de retorno para el menor no acompañado. En caso de que tal acogida no se encuentre disponible, dicho menor no puede ser objeto de una decisión de retorno con arreglo al artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva» (págs. 55 y 56).

Respecto a la segunda cuestión prejudicial:

«El órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115, en relación con el artículo 5, letra a), de esta Directiva y a la luz del artículo 24, apartado 2, de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que un Estado miembro puede distinguir entre los menores no acompañados únicamente en función del criterio de su edad para

[1441] Véanse las SSTJUE de 11 de diciembre de 2014, asunto C-249/13, *Boudjlida*, párr. 48, y de 8 de mayo de 2018, asunto C-82/16, *K. A. y otros* (Reagrupación familiar en Bélgica), párr. 102.

comprobar si existe una acogida adecuada en el Estado de retorno. (…). Como establece el artículo 24, apartado 2, de la Carta y como recuerda el artículo 5, letra a), de la Directiva 2008/115, los Estados miembros, al aplicar el artículo 6 de esta Directiva, deben tener debidamente en cuenta el interés superior del niño, incluido el de los menores de edad que tengan más de 15 años. Por tanto, el criterio de la edad no puede ser el único factor que debe tenerse en cuenta para comprobar la existencia de una acogida adecuada en el Estado de retorno. El Estado miembro de que se trate debe realizar una apreciación caso por caso de la situación de un menor no acompañado, en el marco de una apreciación general y exhaustiva, y no una evaluación automática únicamente en función del criterio de la edad» (párs. 61, 65, 66).

En cuanto a la tercera cuestión prejudicial:

«El órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro, tras haber adoptado una decisión de retorno respecto de un menor no acompañado, posteriormente se abstenga de proceder a su expulsión hasta que haya alcanzado los18 años» (párr. 69).

A este respecto, el TJUE entiende que:

«En el supuesto de que en la fase de expulsión ya no pudiera asegurarse una acogida adecuada en el Estado de retorno para el menor no acompañado, el Estado miembro de que se trate no podrá ejecutar la decisión de retorno.

(…)

Así pues, sobre la base de dicha Directiva, un Estado miembro no puede adoptar una decisión de retorno contra un menor no acompañado hasta que cumpla los 18 años» (párs. 78 y 81).

IX. SUPUESTOS EN LOS QUE NO PROCEDE LA EXPULSIÓN

De acuerdo al art. 57.5 LOEX, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el artículo 54, letra a) del apartado 1 –es decir, participar en actividades contrarias a la seguridad nacional o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o implicarse en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves– o suponga una reincidencia en la comisión, en el término de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, no podrá expulsarse a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos:

- Nacidos en España, legalmente residentes los últimos cinco años.
- Residentes de larga duración. La reforma de 2009 impone que, para la expulsión de los residentes de larga duración (en los supuestos que ello resulta posible; esto es, el artículo 54.1 a) y el supuesto de reincidencia):

  «Antes de adoptar la decisión de la expulsión deberá tomarse en

consideración el tiempo de su residencia en España y los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado».

- Españoles de origen que hayan perdido la nacionalidad española.
- Beneficiarios de prestación por incapacidad permanente para el trabajo consecuencia de accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, de prestación contributiva por desempleo, o de prestación económica asistencial pública destinada a lograr la inserción o reinserción social o laboral.

Tal como entiende el inciso final de este apartado 5, la anterior prohibición de expulsión o su ejecución se extiende al cónyuge del extranjero que se encuentre en alguna de las situaciones anteriores, siempre que hayan residido legalmente en España durante más de dos años, así como a sus ascendientes e hijos menores, o mayores con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, y que están a su cargo.

Asimismo, el apartado 6 del artículo 57 de la Ley declara la imposibilidad de ejecución de la expulsión en dos supuestos más.

El primero se refiere a que el extranjero formule petición de protección internacional, ya que esta suspenderá la ejecución de la resolución de expulsión hasta que se haya inadmitido a trámite o resuelto, de conformidad con lo establecido en la normativa de protección internacional. A la posibilidad y consecuencias de conculcar el principio de no devolución nos referimos en detalle al estudiar la expulsión de los solicitantes de protección internacional[1442].

De acuerdo al apartado 11 del mismo artículo 57:

«Cuando, de acuerdo con la normativa vigente, España decida expulsar a un residente de larga duración que sea beneficiario de protección internacional reconocida por otro Estado miembro de la Unión Europea, las autoridades españolas competentes en materia de extranjería solicitarán a las autoridades competentes de dicho Estado miembro información sobre si dicha condición de beneficiario de protección internacional continúa vigente. Dicha solicitud deberá ser respondida en el plazo de un mes, entendiéndose, en caso contrario, que la protección internacional sigue vigente.

Si el residente de larga duración continúa siendo beneficiario de protección internacional, será expulsado a dicho Estado miembro.

[1442] Véase el capítulo III, sobre el principio de no devolución.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores será de aplicación para las solicitudes cursadas por autoridades de otros Estados miembros de la Unión Europea respecto a los extranjeros a los que España hubiera concedido la condición de beneficiario de protección internacional.

De conformidad con sus obligaciones internacionales, y de acuerdo con las normas de la Unión Europea, España podrá expulsar al residente de larga duración a un país distinto al Estado miembro de la Unión Europea que concedió la protección internacional si existen motivos razonables para considerar que constituye un peligro para la seguridad de España o si, habiendo sido condenado por sentencia firme por un delito de especial gravedad, constituye un peligro para España. En todo caso, cuando la protección internacional hubiera sido reconocida por las autoridades españolas, la expulsión solo podrá efectuarse previa tramitación del procedimiento de revocación previsto en la normativa vigente en España en materia de protección internacional».

El segundo de los supuestos se refiere a las mujeres embarazadas, cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o la salud de la madre. Igualmente, se suspenderá la ejecución de la expulsión en los casos de mujeres embarazadas cuando suponga un riesgo para la gestación o para la vida o la integridad física de la madre.

Finalmente, el Reglamento –no así la Ley– añade un tercer supuesto cuando se trate de personas enfermas y la medida pueda suponer un riesgo para su salud (art. 246.7 RLOEX).

A. Posibilidad de revocación de la orden de expulsión: infracciones del art. 53. 1. a) o b) de la LOEX

En el art. 57.4 LOEX se prevé que la expulsión pueda revocarse en los supuestos que se determinen reglamentariamente. Esta posibilidad se establece en el art. 241.2 RLOEX:

«Cuando en el marco de un procedimiento relativo a autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales de las previstas en los artículos 31bis, 59, 59bis o 68.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, se comprobase que consta contra el solicitante una medida de expulsión no ejecutada por concurrencia de una infracción de las previstas en las letras a) y b) del artículo 53.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, ésta será revocada siempre que del análisis de la solicitud derive la procedencia de la concesión de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales».

El apartado 3 del mismo artículo añade que:

«No obstante la inadmisión a trámite de la solicitud de autorización de residencia por circunstancias excepcionales distintas a las previstas los artículos 31bis, 59, 59bis o 68.3 de la

LOEX o, en aplicación de lo establecido en su disposición adicional cuarta, el análisis inicial de la solicitud concluyese en la existencia de indicios claros de la procedencia de concesión de la autorización».

Las notas definitorias de este procedimiento (art. 241.2 y 3 RLOEX) hacen referencia a los siguientes supuestos:

- Mujeres extranjeras víctimas de violencia de género (art. 31.bis).
- Colaboración contra redes organizadas (art. 59).
- Víctimas de trata (art. 59.bis).
- Arraigo (social, laboral y familiar) (art. 68.3).

Pero también sería extensible a supuestos de protección internacional, razones humanitarias, colaboración con autoridades públicas, razones de seguridad nacional o interés público, y otras circunstancias, de acuerdo a la disposición adicional cuarta de la LOEX.

Recapitulando, los requisitos que deben darse para que se pueda revocar dicha orden de expulsión son:

- Que la sanción no haya sido ejecutada.
- Que haya sido impuesta por una de las infracciones del art 53. 1. a) o b) de la LOEX (estancia o trabajo irregular).
- Que se cumplan los requisitos para la concesión de la autorización de residencia por las circunstancias que hemos referido.

Finalmente, cabe destacar que la revocación no es una potestad de la Administración, sino una obligación en caso de que se cumplan los requisitos. Dicha revocación, pues, deberá realizarse de oficio por la Administración. En caso de que la solicitud de residencia se presente en una provincia distinta a aquella donde se dictó la resolución de expulsión, la Administración deberá solicitar de oficio la revocación de la sanción al órgano competente (el que la decretó).

B. La importancia del arraigo: reciente unificación de doctrina

Para finalizar este estudio de la figura de la expulsión, vamos a hacer referencia a un concepto repetido a lo largo de los diferentes apartados, cual es la importancia del arraigo como una de las principales circunstancias a tener en cuenta en caso de dictar orden de expulsión. Dicha figura ha sido recientemente modificada y ampliada con el citado Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril. A este respecto, cabe destacar la Sentencia del 25 de marzo de

2021 del Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, sobre utilización de medios de prueba, ya que abrió la demostración de la relación laboral no inferior a seis meses establecido en el art. 124.1 RLOEX, a la vida laboral, junto con los medios establecidos de resolución judicial y/o acta de la Inspección de Trabajo, con relevancia a la hora de solucionar problemas de irregularidad sobrevenida[1443].

La introducción del arraigo es, en general, un modo extraordinario de regularización legal en España para aquellos extranjeros que se encuentran irregularmente en nuestro país (art. 31.3 LO 4/2000 y art. 124 RD 557/2011). Vamos a referirnos, en concreto, al arraigo laboral, que requiere prueba de estancia de dos años (obsérvese que dice estancia, no residencia, y no precisa que sea una estancia regular o no), certificación de ausencia de antecedentes penales y acreditación de una o varias relaciones laborales en España no inferior a 6 meses, a demostrar, bien mediante resolución judicial o bien mediante un acta de la Inspección de Trabajo[1444].

Igualmente, el Tribunal Supremo establece que las relaciones laborales, a que hace referencia el art. 124.1 RD 557/2011 pueden ser de cualquier clase, tanto clandestinas, como no, ya que no se hace ninguna distinción en el citado precepto reglamentario, entendiendo que:

«El precepto pretende, pues, salir al paso de los problemas que pueden plantearse para acreditar situaciones en las que el arraigo provenga de relaciones laborales ilegales, ocultas o clandestinas, pero no tiene por objeto restringir el concepto mismo de arraigo laboral a un tipo específico de relación laboral, la ilegal o clandestina, ni mucho menos imponer la obligación de denunciar la ilegalidad de la situación laboral a quien la padece. Nada de ello cabe colegir de la definición que del arraigo laboral se contiene en el apartado primero del precepto. La interpretación por la vía de una indebida restricción de los medios de prueba del arraigo laboral, a lo que realmente conduce es a una restricción del concepto mismo de arraigo laboral que quedaría circunscrito a las relaciones laborales clandestinas y, dentro de estas, a las que hayan sido denunciadas ante la Inspección de Trabajo o ante los Tribunales, y la acotación en estos términos del concepto de arraigo laboral ni se desprende de la ley (art. 31.1 LOEx) ni cabe

[1443] Véase la STS 452/2021, de 25 de marzo de 2021. El TS ya se había pronunciado previamente al afirmar que dicha figura del arraigo laboral se podría acreditar por más medios, aparte de por la resolución judicial y por el acta de la Inspección de Trabajo. Anteriormente se dictó otra STS 488/2007, de 8 de enero de 2007 en el mismo sentido, ya que la redacción del segundo párrafo del art. 124.1 del actual RD 557/2011 es idéntica a la del anterior art.46.2.b) RD 2393/2004, siendo incluso este Reglamento de Extranjería más benévolo, al reducir la relación laboral de un año a seis meses.

[1444] Como ha recordado el TC en varias ocasiones: «La dimensión de la cuestión en el ámbito de un derecho fundamental amparado en el art. 24 CE, nos obliga a efectuar una interpretación de las normas que, lejos de ser restrictiva, ha de ser favorable a la mayor efectividad de dicho derecho fundamental, del que gozan los extranjeros en igualdad de condiciones que los españoles» (SSTC 107/84, FJ 4º, y 99/85, FJ 2º).

deducirlo de los términos en los que el reglamento se refiere al arraigo laboral que se limitan a aludir a «la existencia de relaciones laborales», sin más calificativo» (FJ 4º).[1445]

Por último, el Tribunal Supremo, destaca el criterio del Defensor de Pueblo en la sugerencia de 12 de julio de 2017, remitida al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Secretaría General de Inmigración y Emigración, en relación con supuestos de rechazo por la Subdelegación del Gobierno en Almería de un certificado de vida laboral para acreditar el arraigo laboral, afirmando lo siguiente:

«Para poder obtener una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo laboral no es imprescindible que la acreditación de la relación laboral y de su duración lo sea exclusivamente a través de los medios establecidos en el párrafo segundo del art. 124.1 RD 557/2011, pudiendo acreditarse por cualquier medio de prueba válido, incluido el certificado de vida laboral que acredite una relación laboral derivada de una anterior autorización de residencia que hubiera perdido vigencia».

X. PROCEDIMIENTO DE EXPULSIÓN

Finalmente, vamos a hacer un breve análisis del procedimiento, ya que, en función de la infracción o consecuencia administrativa que dé lugar a la expulsión, nuestro ordenamiento prevé dos tipos de procedimiento: el procedimiento preferente y el procedimiento ordinario, que será el procedimiento seguido salvo en los supuestos especificados para el primero (art. 226 RLOEX).

Sin embargo, parece que el tipo ordinario se contempla en la norma de manera «subsidiaria» para todos aquellos supuestos distintos a los especificados en el trámite preferente (art. 63 bis LOEX). No nos extenderemos aquí en un tercer tipo de procedimiento, el simplificado, ya que está previsto para infracciones leves que no prevén como consecuencia la expulsión.

CUADRO RESUMEN DE PROCEDIMIENTOS

[1445] Aclara por tanto la sentencia que dicho art. 124.1 RLOEX: «Solo exige, además de carecer de antecedentes penales, demostrar, dentro de los márgenes temporales señalados, "la existencia de relaciones laborales" sin distinción alguna, y eso incluye cualesquiera relaciones laborales, incluyendo las que hayan podido concertarse al amparo de anteriores autorizaciones de residencia cuya vigencia hubiera expirado» (FJ 4º).

	ALEGACIONES	PRUEBA	AUDIENCIA	CADUCIDAD
ORDINARIO	15 días	10-30 días	15 días+7+15	6 meses
PREFERENTE	48 horas	3 días	48 horas	6 meses
SIMPLIFICADO	10 días			2 meses

A. Procedimiento ordinario

Este procedimiento que, en principio, es el procedimiento común, será el seguido para los supuestos que no utilicen la vía preferente (art. 63 bis), para los cuales se contempla la posibilidad de expulsión, y que exponemos a continuación:

- Estancia irregular (artículo 53.1.a)), siempre que no concurra alguna de las circunstancias que seña la norma[1446].
- Trabajar sin haber obtenido autorización de trabajo, cuando no cuente con autorización de residencia válida (53.1.b)).
- Ocultación dolosa o falsedad grave en la obligación de poner en conocimiento de las autoridades los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio, así como incurrir en falsedad en la declaración de los datos obligatorios para el alta en el padrón municipal, siempre que tales hechos no constituyan delito (53.1.c)).
- Conductas de discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos, en los términos previstos en el artículo 23 de la presente Ley, siempre que el hecho no constituya delito (54.1. c)).
- Contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido la correspondiente autorización de residencia y trabajo, siempre que el hecho no constituya delito (54.1.d)).

[1446] Estas circunstancias se recogen en el artículo 63.1: «a) Riesgo de incomparecencia. b) El extranjero evitara o dificultase la expulsión, sin perjuicio de las actuaciones en ejercicio de sus derechos. c) El extranjero representase un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional».

- Realizar, con ánimo de lucro, la infracción prevista en la letra d) del apartado 2 del artículo anterior (54.1.e))[1447].
- Simular la relación laboral con un extranjero, cuando dicha conducta se realice con ánimo de lucro o con el propósito de obtener indebidamente derechos reconocidos en esta Ley, siempre que tales hechos no constituyan delito (54.1.f)).
- La comisión de una tercera infracción grave cuando en el plazo de un año anterior hubiera sido sancionado por dos faltas graves de la misma naturaleza (54.1.g)).
- Conductas relativas principalmente a los transportistas del art. 54.2.

1. Inicio del procedimiento

Salvo en los supuestos que por sus características deban ser iniciados por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (art. 55.2 LOEX y 227 RLOEX):

«Serán competentes para ordenar la incoación del procedimiento sancionador los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, los Subdelegados del Gobierno, los Jefes de Oficinas de Extranjería, el Comisario General de Extranjería y Fronteras, el Jefe Superior de Policía, los Comisarios Provinciales y los titulares de las comisarías locales y puestos fronterizos» (art. 219.2 RLOEX).

El procedimiento se inicia a través de acuerdo que deberá tener el siguiente contenido mínimo, de acuerdo al art. 227.1 RLOEX: identificación de la persona presuntamente responsable; hechos que motivan la incoación del procedimiento, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder; el instructor y, en su caso, secretario del procedimiento; órgano competente para la resolución del expediente y la norma que le atribuye tal competencia, así como la posibilidad de que el presunto responsable pueda reconocer voluntariamente su responsabilidad; las medidas de carácter provisional que se hayan acordado por el órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador, sin perjuicio de las que se puedan adoptar durante este de conformidad con los artículos 55 y 61 de la LOEX; y, por último, señalar el derecho a formular alegaciones, audiencia y los plazos para su ejercicio.

La especialidad de la sanción de expulsión implica a su vez que dicho acuerdo deba reseñar expresamente los derechos que tienen los extranjeros en este procedimiento, esto es, asistencia letrada proporcionada de oficio y un intérprete, si no comprende o no habla castellano, de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos.

[1447] El citado apartado d) tipifica «consentir la inscripción de un extranjero en el Padrón Municipal por parte del titular de una vivienda habilitado para tal fin, cuando dicha vivienda no constituya el domicilio real del extranjero. Se incurrirá en una infracción por cada persona indebidamente inscrita».

Igualmente indicará si conlleva la prohibición de entrada en España por un periodo mínimo de 3 años, máximo de 10.

De acuerdo al art. 128 RLOEX, «los interesados dispondrán de un plazo de quince días para aportar cuantas alegaciones, documentos o informaciones estimen convenientes y, en su caso, proponer las pruebas y concretar los medios de que pretendan valerse»[1448].

Antes del trámite de audiencia y de dictar la resolución, y una vez concluida, en su caso la prueba, el art. 231 RLOEX establece lo siguiente:

«El órgano instructor del procedimiento formulará la propuesta de resolución en la que se fijarán de forma motivada los hechos y se especificarán los que se consideren probados y su exacta calificación jurídica, se determinará la infracción (…) y se fijará la sanción que propone que se imponga y las medidas provisionales (…) o bien se propondrá la declaración de inexistencia de infracción o responsabilidad».

Ello siempre en base a criterios de proporcionalidad, teniendo en consideración el grado de culpabilidad del infractor, así como el daño o riesgo producido con la comisión de la infracción, tal como dispone el inciso final del artículo 231.

2. Trámite de audiencia

Dicha propuesta de resolución se notificará a los interesados, concediéndoseles un plazo de 15 días para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimen pertinentes ante el instructor del procedimiento. Salvo en el supuesto previsto por el párrafo final del artículo 227.2 (no efectuar alegaciones ni prueba), se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas, en su caso, por el interesado[1449].

De acuerdo con el art. 232 RLOEX, «la propuesta de resolución se cursará inmediatamente al órgano competente para resolver el procedimiento, junto a todos los documentos, alegaciones e informaciones que obren en aquel».

[1448] Según el art. 229 RLOEX, el órgano instructor podrá acordar la apertura de un periodo de prueba por un plazo no superior a 30 días ni inferior a 10 días, así como también acordar la práctica de las pruebas que estime pertinentes, «entendiéndose por tales aquellas distintas de los documentos que los interesados puedan aportar en cualquier momento de la tramitación del procedimiento». Dispone su quinto apartado que «cuando la valoración de las pruebas practicadas pueda constituir el fundamento básico de la decisión que se adopte en el procedimiento, por ser pieza imprescindible para la evaluación de los hechos, deberá incluirse en la propuesta de resolución».

[1449] De conformidad con lo previsto en el artículo 228.1.

3. Resolución

El último paso del procedimiento ordinario es la resolución, y, antes de dictarla, el órgano instructor puede realizar actuaciones complementarias, que deberán practicarse en un plazo no superior a 15 días. Tal como dispone el art. 233.1 RLOEX, «el acuerdo de realización de actuaciones complementarias se notificará a los interesados, a quienes se concederá un plazo de siete días para formular las alegaciones que tengan por pertinentes».

Según el segundo apartado de este artículo 233, «la resolución se adoptará en el plazo de 10 días desde la recepción de la propuesta de resolución y los documentos, alegaciones e informaciones que obren en el procedimiento». Continúa señalando el cuarto apartado que las resoluciones de los procedimientos sancionadores, además de contener los elementos previstos en el artículo 90 de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común:

«Incluirán la valoración de las pruebas practicadas y, especialmente, de aquellas que constituyan los fundamentos básicos de la decisión, fijarán los hechos y, en su caso, la persona o personas responsables, la infracción o infracciones cometidas y la sanción o sanciones que se imponen o bien la declaración de inexistencia de infracción o responsabilidad»[1450].

Finalmente, dispone el quinto apartado del art. 233 que «las resoluciones se notificarán al interesado y cuando el procedimiento se hubiese iniciado como consecuencia de orden superior se dará traslado de la resolución al órgano administrativo autor de aquella».

B. Procedimiento preferente

El segundo de los procedimientos regulados en nuestro ordenamiento con aplicabilidad en los supuestos de expulsión es el procedimiento preferente, contemplado en el art. 63 LOEX, y desarrollado en los art. 234 a 237 RLOEX, previsto especialmente para supuestos muy concretos de riesgo de incomparecencia, cuando el extranjero evite o dificulte la expulsión o represente un peligro para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional. En concreto, está prevista esta vía en los siguientes casos:

- Las infracciones relativas a la estancia irregular del art. 53.1. a), cuando concurran las circunstancias apuntadas.

[1450] La sanción se determinará en base a criterios de proporcionalidad, debiendo tenerse en consideración el grado de culpabilidad de la persona infractora, así como el daño o riesgo producido con la comisión de la infracción.

- Incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente (art. 53.1.d)).
- Participación del extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la LOPSC (art. 53.1.f)).
- Participación en actividades contrarias a la seguridad nacional o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la LOPSC (art. 54.1.a)).
- Inducción, promoción, favorecimiento o facilitación con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, de la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito (art. 54.1.b)).
- Condena del extranjero por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados (art. 57.2).

En atención a dichos supuestos, en el procedimiento preferente se abrevian los plazos y los trámites (arts. 63.4 y 5 LOEX y 235 RLOEX), ajustándose, en principio, a lo dispuesto por el artículo 7.4 de la Directiva 2008/115/CE, a tenor del cual:

«Si existiera riesgo de fuga, o si se desestimara una solicitud de permanencia legal por ser manifiestamente infundada o fraudulenta o si la persona de que se trate representara un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional, los Estados miembros podrán abstenerse de conceder un plazo para la salida voluntaria, o podrán conceder un periodo inferior a siete días».

1. Iniciación y tramitación del procedimiento preferente

Del acuerdo de iniciación motivado se dará traslado por escrito al interesado, tal como dispone el art. 235.1 RLOEX, para que alegue en el plazo de cuarenta y ocho horas lo que considere adecuado, advirtiéndole que, de no efectuar alegaciones por sí mismo o por su representante, no realizar propuesta de prueba o de no ser admitidas de forma motivada, por improcedentes o innecesarias, el acuerdo de iniciación del expediente será considerado como propuesta de resolución.

Ahora bien, el TS ha reiterado que la tramitación del procedimiento preferente sin justificar debidamente su pertinencia al inicio del procedimiento constituye un defecto de forma que, por sí mismo, no es invalidante si no ha causado indefensión: «De forma que la anulación de la resolución por dicha causa, no solo exige argumentar que no concurren los

supuestos excepcionales que justifican legalmente la tramitación del procedimiento preferente, sino además argumentar que su tramitación ha causado indefensión privando al interesado de posibilidades concretas de defensa, o bien, le ha perjudicado concretamente por haberse adoptado contra él una medida cautelar de internamiento, o bien por haberse ejecutado inmediatamente la resolución impidiéndole abandonar voluntariamente el territorio español privándole de la posibilidad de interesar la revocación de la prohibición de entrada. En caso que se dieran tales circunstancias sí supondría un defecto esencial que comportaría la anulación de la resolución sancionadora»[1451].

En todo caso, según entiende el art. 235.2, «el extranjero tendrá derecho a la asistencia letrada que se le proporcionará de oficio, si fuera necesario, y a ser asistido por intérprete si no comprende o no habla castellano, y de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos de acuerdo con lo previsto en la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita».

2. Alegaciones y prueba

Según el apartado 4 del art. 235:

«Si el interesado o su representante formulasen alegaciones y realizaran proposición de prueba dentro del plazo establecido, el órgano instructor valorará la pertinencia o no de esta. Si no se admitiesen las pruebas propuestas por improcedentes o innecesarias, se le notificará al interesado de forma motivada y se le dará trámite de audiencia. En este supuesto, el acuerdo de iniciación del expediente será considerado como propuesta de resolución con remisión a la autoridad competente para resolver.

De estimarse por el instructor la pertinencia de la realización de prueba propuesta, se realizará en el plazo máximo de tres días.

Practicada en su caso la prueba, el instructor formulará propuesta de resolución que se notificará al interesado y le dará trámite de audiencia en el que se le concederá un plazo de cuarenta y ocho horas para formular alegaciones y presentar los documentos que estime pertinentes. Transcurrido dicho plazo se procederá a elevar la propuesta de resolución, junto con el expediente administrativo, a la autoridad competente para resolver».

La resolución, ejecución y comunicación en el procedimiento preferente

En atención a la naturaleza preferente y sumaria del procedimiento, la resolución se dictará de forma inmediata, lo que no exime de la obligación de ser motivada y resolver todas las cuestiones planteadas en el expediente (art. 236).

Igualmente, según los apartados 2 y 3 del mismo artículo:

[1451] STS 488/2019, de 19 de febrero de 2019, FJ 2º.

«2. La ejecución de la orden de expulsión recaída en estos procedimientos, una vez notificada al interesado, se efectuará de forma inmediata. De no haber sido puesto en libertad el extranjero por la autoridad judicial dentro del plazo de sesenta días (…) deberá interesarse de la propia autoridad judicial el cese del internamiento para poder llevar a cabo la conducción al puesto de salida.

3. La excepción de la aplicación del régimen general de ejecutividad de los actos administrativos en el caso de la resolución que ponga fin al procedimiento de expulsión con carácter preferente, establecida en el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero[1452], no excluirá el derecho de recurso (…), sin perjuicio de la inmediatez de la expulsión y de la improcedencia de declarar administrativamente efecto suspensivo alguno en contra de ella»[1453].

Tanto la incoación del expediente, como las medidas cautelares de detención y de internamiento en su caso, así como la resolución de expulsión, serán comunicadas a la embajada o consulado del país del extranjero, procediéndose a su anotación en el Registro Central de Extranjeros de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil. Esta comunicación se dirigirá al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, en caso de que no se haya podido notificar al consulado o este no radique en España (arts. 63.7 LOEX y 236 RLOEX)[1454].

C. Concurrencia de procedimientos

El RLOEX prevé en el artículo 241 que, durante la tramitación de la expulsión por el procedimiento preferente por el motivo de estancia irregular prevista en el artículo 53.1.a) de la Ley, cuando el extranjero acreditase haber solicitado con anterioridad una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, según lo dispuesto en el Reglamento y el artículo 31.3 LOEX:

«El instructor recabará informe del órgano competente sobre el estado de tramitación de dicha solicitud. En caso de que el interesado no reuniera los requisitos para la obtención de la autorización de residencia, el instructor decidirá la continuación del expediente de expulsión y, en caso contrario, procederá a su archivo. De entender procedente la prosecución del expediente y previo acuerdo dictado al efecto, continuará por los trámites del procedimiento ordinario».

[1452] Art. 21.2 LOEX: «El régimen de ejecutividad de los actos administrativos dictados en materia de extranjería será el previsto con carácter general en la legislación vigente, salvo lo dispuesto en esta Ley para la tramitación de expedientes de expulsión con carácter preferente».
[1453] En la resolución, además de la motivación que la fundamente, se harán constar los recursos que frente a ella procedan, el órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos (art. 236 RLOEX).
[1454] Véase, STSJ del País Vasco 210/2017, de 26 de abril de 2017.

De igual modo ocurre, conforme al apartado 2 del mismo artículo, cuando se trate del marco de un procedimiento relativo a autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales, como las previstas en los artículos 31 bis (mujeres extranjeras víctimas de violencia de género), 59 (colaboración con redes organizadas), 59 bis (víctimas de trata) o 68.3 (autorizaciones por arraigo) de la LOEX, y se comprobase que consta contra el solicitante una medida de expulsión no ejecutada por concurrencia de una infracción de las previstas en las letras a) y b) del artículo 53.1 LOEX (estancia o trabajo irregular). Dicha medida, concluye el primer párrafo de este apartado 2, «será revocada siempre que del análisis de la solicitud derive la procedencia de la concesión de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales»[1455].

Este criterio también se aplicará en caso de que, pese a la inadmisión a trámite de la solicitud de autorización de residencia por circunstancias excepcionales distintas a las previstas los artículos 31 bis, 59, 59 bis o 68.3 de la LOEX, en aplicación de lo establecido en su disposición adicional cuarta, «el análisis inicial de la solicitud concluyese en la existencia de indicios claros de la procedencia de concesión de la autorización» (art. 241.3 RLOEX).

D. Relación entre ambas modalidades de procedimiento sancionador y consecuencias en el ámbito protector de su elección

Si bien las principales diferencias entre ambos procedimientos han quedado ya expuestas –y resumidas, además, en el cuadro inferior–, en la práctica se observa que la Administración tiene cierta predilección por el procedimiento preferente. En todo caso, es necesaria la motivación de la elección del tipo de procedimiento, que se cumplan los supuestos previstos por la norma para optar por uno u otro tipo de procedimiento y que tal elección, en caso de no ser acertada, no produzca indefensión.

Para que la opción por el procedimiento preferente sea adecuada, es necesario, en primer lugar, que se cumpla alguno de los supuestos del referido artículo 63.1 LOEX, y siempre motivando su existencia. En este sentido podemos recordar la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Castilla y León 334/2012, de 24 de febrero de 2012, cuando afirma que:

«No es suficiente invocar en abstracto que concurre cualquiera de los supuestos del artículo 63.1 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su

[1455] Expresa el art. 241.2 que «en el escrito por el que se inste la revocación se hará constar el tipo de autorización solicitada y se realizará mención expresa a la procedencia de la concesión de la misma por el cumplimiento de los requisitos exigibles para ello, salvo el relativo a la existencia de la medida de expulsión no ejecutada».

Integración Social, sino que es preciso concretar en cada caso por qué se estima por la Administración que se debe adoptar la decisión, pues, en otro caso, se estaría ante un supuesto incontrolable, desde el momento en que el administrado extranjero nunca podría llegar a combatir eficazmente esa decisión» (FJ 4º).

El fallo concluyó que el demandante no estaba en modo alguno inidentificado a los efectos de servir de base a un peligro o riesgo de incomparecencia, por lo que la aplicación del régimen del procedimiento preferente fue excesivamente rigurosa, lo que determinaba la anulación en vía administrativa. Sin embargo, este fallo se recurrió en casación y el TS se pronunció en el sentido de entender lo siguiente:

«No cabe apreciar la nulidad de la resolución recurrida por la razón de que se tramitara el procedimiento preferente en lugar del procedimiento ordinario, ya que ello constituye, en su caso, un mero defecto formal, en la medida en que no ha causado indefensión alguna, ni el recurrente alegó tampoco la consecuencia adversa de privarle de la posibilidad de salir voluntariamente de España y de obtener, a partir de dicho supuesto, la revocación de la prohibición de entrada»[1456].

Por otro lado, no es imprescindible esta situación de indefensión para que sea declarado nulo el procedimiento seguido, tal y como afirmó el mismo TS en su Sentencia de 5 de febrero de 2019, en donde sí anula la expulsión por tramitación inadecuada del procedimiento preferente[1457]. En este caso, consideró ilegal la expulsión de un extranjero por seguir el procedimiento preferente sin concurrir causa habilitadora para el mismo. El TS aclara que «la elección del procedimiento preferente previsto en el art. 63 de la LOEX, sin justificar debidamente al inicio del procedimiento, es una mera irregularidad formal no invalidante si no ha causado indefensión» (FJ 2º), correspondiendo a quien alega irregularidad la prueba de la indefensión.

Ello, en cambio, no es así cuando, como sucede en el caso enjuiciado, no concurren las circunstancias exigidas en el precepto como habilitadoras del indicado procedimiento, pues en estos supuestos el seguimiento de tal procedimiento supone un defecto esencial que comporta la anulación de la resolución sancionadora.

En este supuesto, desde el inicio del mismo, se solicita su nulidad por no concurrir los presupuestos para esa tramitación preferente, a lo que ni la Subdelegación del gobierno da respuesta, ni luego justifican los órganos judiciales de primera instancia ni el TSJ del País Vasco. El TS puntualiza la doctrina dictada hasta la fecha relativa a este tipo de procedimiento, y destaca que si no concurren los presupuestos del art. 63 LOEX sobre la expulsión por estancia irregular por el procedimiento preferente, constituiría un

[1456] STS 2506/2018, de 2 de julio de 2018, FJ 3º.
[1457] Véase la STS 120/2019, de 5 de febrero de 2019.

supuesto de nulidad de pleno derecho, por lo que se anularía la resolución de expulsión dictada.

PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE AMBOS PROCEDIMIENTOS

PROCEDIMIENTO ABREVIADO	**PROCEDIMIENTO ORDINARIO**
Se abrevian los plazos y los trámites (art.63.4 y 5 LOEX y 235 RLOEX).	Los plazos son más dilatados, hay trámite de prueba y de audiencia previa a la resolución, (arts.63 bis LOEX y 226 a 233 RLOEX),
Se autoriza la medida cautelar de internamiento (art.63.2 LOEX),	No cabe adoptar la medida cautelar de internamiento.
Se dispone la ejecución inmediata de la expulsión (art.63.7 LOEX y 236 RLOEX).	La ejecución de la resolución cuenta con un plazo de cumplimiento voluntario, que posibilita al interesado solicitar la revocación de la prohibición de entrada (art.58.2 LOEX y 245.2 RLOEX).

E. Sobre la posibilidad de aplicar medidas cautelares

La vía del procedimiento preferente, a diferencia del ordinario, permite el ingreso en un CIE[1458]. Así, el art. 63.2 de la Ley contempla que «durante la tramitación del procedimiento preferente, así como en la fase de ejecución de la expulsión que hubiese recaído, puedan adoptarse las medidas cautelares y el internamiento establecidas en los artículos 61 y 62»[1459]. De acuerdo al art. 235.6 RLOEX:

«Cuando el instructor solicite el internamiento y la autoridad judicial lo deniegue, el instructor podrá adoptar alguna o algunas de las siguientes medidas cautelares:

a) Retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado de recibo acreditativo de tal medida.
b) Presentación periódica ante el instructor del expediente o ante otra autoridad que este determine en los días que, en atención a las circunstancias personales, familiares o sociales del expedientado, se considere aconsejable.
c) Residencia obligatoria en lugar determinado.

[1458] ICAM y CENTRO PUEBLOS UNIDOS, *Estancia irregular: ¿Multa o expulsión?*, Madrid, 2011, p. 6.
[1459] El artículo 61 hace referencia a las medidas cautelares, mientras que el artículo 62 se refiere al ingreso en centros de internamiento.

d) Cualquier otra medida cautelar que el juez estime adecuada y suficiente».

Debate sobre la legalidad de la retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad

Conforme al art. 61.1.c) LOEX, el instructor de un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión, podría acordar la «retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado del resguardo acreditativo de tal medida», lo que ha sido desarrollado por el art. 235.6.s) RLOEX. Sin embargo, a pesar de que en la práctica se sigue aplicando esta medida cautelar, se planteó la posible contradicción con el art. 13.2 de la LOSC, cuando establece que «los extranjeros no podrán ser privados de su documentación de origen, salvo en el curso de investigaciones judiciales de carácter penal».

Para resolver esta contradicción se plantean dos soluciones conforme a dos principios:

- Principio de *lex posterior derogat anterior*. A esos efectos, la disposición derogatoria única, apartado segundo, de la LOSC establece que «(…) quedan derogadas cuantas disposiciones, de igual o inferior rango, se opongan a lo dispuesto en esta Ley». Por tanto, se daría prioridad al art. 13.2 LOSC, por ser posterior a la LOEX, y no cabría así que la autoridad gubernativa privase del pasaporte a un ciudadano extranjero, entendiendo que contradice lo dispuesto en la LO de 2015.
- Principio de especialidad. Cuando dos normas son contradictorias entre sí, la norma especial excepciona la aplicación de la general, coexistiendo ambas en una relación normativa de regla-excepción en lo que se contradigan. A esos efectos, es preciso recordar que la LOSC, que regula la identificación de las personas en territorio nacional, establece la prohibición absoluta de que se prive a un ciudadano extranjero de esa documentación por parte de la autoridad gubernativa. Por su parte, la LOEX regularía con carácter específico una competencia de la autoridad gubernativa en materia de inmigración, estableciendo esta medida cautelar de retirada del pasaporte. Apoyándonos en este principio resultaría posible compatibilizar ambas normas, ya que la aplicación del art. 61.1.c) LOEX y del art. 235.6.a) RLOEX, que lo desarrolla, supondría una excepción por razón de especialidad a la regla general del art. 13.2 LOSC. De ese modo,

ambas previsiones serían compatibles y podría realizarse dicha medida por la autoridad gubernativa[1460].

Para resolver la cuestión, consideramos imprescindible acudir a los informes preceptivos del Consejo General del Poder Judicial, del Consejo Fiscal y del Consejo de Estado. Especialmente, de este último, que en su Dictamen 557/2014, de 26 de junio, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, afirmaba que:

«El artículo 13.2 del Anteproyecto debe ser reelaborado a la luz de una triple consideración. Es razonable que la Autoridad judicial, a causa de investigaciones penales en curso, pueda intervenir el pasaporte de ciudadanos extranjeros en España. Pero ni esa potestad puede extenderse a otros supuestos indeterminados, ni puede afectar a un documento que es propiedad de un Estado extranjero».

Esta afirmación neutralizaría la posibilidad prevista en la LOEX y en la RLOEX de que la autoridad gubernativa retuviera como medida cautelar el pasaporte de un ciudadano extranjero.

¿Podemos entender entonces que el legislador, valorando esta sugerencia del Consejo de Estado, optó por no excepcionar esa posibilidad y tácitamente consagró a través de la LO 2015 una prohibición absoluta de que la administración gubernativa o su agente pudieran retirar el pasaporte, como documento público propiedad de un Estado extranjero, a un ciudadano extranjero que esté en España, con independencia de su situación de regularidad migratoria?

La respuesta afirmativa supondría que, a partir del 1 de julio de 2015, con la entrada en vigor de la LOSC, carece de cobertura legal la posibilidad de que ningún ciudadano extranjero se vea privado de la tenencia de su pasaporte por una decisión de la autoridad gubernativa o alguno de sus agentes, con independencia de su situación migratoria o de que esté inmerso en un procedimiento en el que pueda proponerse la expulsión. Así que los ciudadanos extranjeros a los que se haya retirado el pasaporte en aplicación del art. 61.1 c) LOEX y art. 235.6 a) RLOEX en los procedimientos sancionadores de que hayan sido objeto tendrían la posibilidad de solicitar, si no se produce de oficio, la devolución de este documento[1461].

Para dar luz a esta cuestión, entendemos que debemos acudir al principio de jerarquía normativa, ya que la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana no tiene

[1460] Véase el planteamiento del Informe realizado en el marco del Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE (DER 2011-26449).
[1461] Véanse las conclusiones del Informe realizado en el marco del Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE (DER 2011-26449).

rango de orgánica en su totalidad, sino solamente los artículos señalados al efecto en la propia Ley, entre los que no se encuentra incluido el art. 13.2, teniendo por tanto rango de ley ordinaria. De modo que sigue presente la posibilidad de establecer la retirada de pasaporte o documento acreditativo de identidad, previa entrega al interesado del resguardo acreditativo de tal medida[1462].

F. Caducidad y prescripción del procedimiento

Para finalizar este apartado procedimental, cabe referirse al plazo máximo en que debe dictarse y notificarse la resolución que resuelva el procedimiento, que será de seis meses desde que se acordó su iniciación. Según establece el art. 225.1 RLOEX:

«Transcurrido dicho plazo sin haberse resuelto y notificado la expresada resolución se producirá la caducidad del procedimiento y se procederá al archivo de las actuaciones a solicitud de cualquier interesado o de oficio por el órgano competente para dictar la resolución, excepto en los casos en que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable a los interesados o en aquellos supuestos en que se hubiese acordado su suspensión».

El siguiente apartado dispone que «la acción para sancionar las infracciones previstas en la Ley prescribe a los tres años, si la infracción es muy grave; a los dos años si es grave, y a los seis meses si es leve, contados a partir del día en que los hechos se hubiesen cometido». El plazo de prescripción se interrumpirá por cualquier actuación administrativa de la que tenga conocimiento el denunciado, si bien «se reanudará si el procedimiento estuviera paralizado durante más de un mes por causa no imputable al expedientado».

De acuerdo al art. 225.3 RLOEX, «el plazo de prescripción de la sanción será de cinco años si la sanción impuesta lo fuera por infracción muy grave; de dos años si lo fuera por infracción grave, y de un año si lo fuera por infracción de carácter leve». Según dispone su último inciso, «el plazo de prescripción comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución por la que se imponga la sanción».

En todo caso, la prescripción de la sanción de expulsión no empezará a contar hasta que haya transcurrido el período de prohibición de entrada fijado en la resolución por la que se impone la sanción de expulsión del territorio nacional, cuyo máximo es de diez años (art. 56.3 LOEX).

[1462] Véase la STSJ de Galicia 110/2017, de 1 de marzo de 2017.

CUADRO RESUMEN DE PRESCRIPCIONES DE SANCIONES E INFRACCIONES

	INFRACCIONES	SANCIONES
MUY GRAVES	3 años	5 años
GRAVES	2 años	2 años
LEVES	6 meses	1 año

XI. OTROS EFECTOS DE LA EXPULSIÓN

Vamos a finalizar este capítulo haciendo un repaso de los efectos de la expulsión, siendo el primero de los efectos, y de carácter obvio, el abandono obligatorio del territorio, tal y como dispone el art. 28.3 de la LOEX. El plazo para efectuar dicho abandono se determinará en la resolución de expulsión del territorio nacional. Como hemos visto ya, en el caso de procedimientos de tramitación ordinaria, se incluirá un plazo de cumplimiento voluntario para que el extranjero abandone el territorio nacional, que oscilará entre siete y treinta días y comenzará a transcurrir desde el momento de la notificación de la citada resolución. De acuerdo al art. 246.2 RLOEX, «la imposición de un plazo inferior a quince días tendrá carácter excepcional y habrá de estar debidamente motivada en el escrito por el que se comunique su duración». Por otro lado, el plazo de cumplimiento voluntario de la orden de expulsión podrá prorrogarse en atención a las circunstancias que concurran en cada caso concreto, como pueden ser la duración de la estancia o la existencia de vínculos familiares y sociales. En el supuesto particular de tener menores escolarizados a su cargo «no procederá la ejecución de la sanción de expulsión hasta la finalización del curso académico salvo que el otro progenitor sea residente en España y pueda hacerse cargo de ellos» (art. 246.2 RLOEX).

Si transcurrido ese plazo el extranjero no ha abandonado el territorio nacional, los funcionarios policiales competentes lo detendrán y conducirán hasta el puesto de salida por el que haya de hacerse efectiva la expulsión (art. 246.3 RLOEX). En caso de no poder hacerse efectiva en un plazo de 72 horas desde la detención, «el instructor o el responsable de la unidad de extranjería del Cuerpo Nacional de Policía podrá solicitar de la autoridad

judicial el ingreso del extranjero en los centros de internamiento establecidos al efecto» (art. 246.3 RLOEX).

En el supuesto de que la resolución de expulsión se haya dictado en un procedimiento de tramitación preferente, su ejecución se producirá de manera inmediata, de acuerdo con las normas específicas previstas en el RLOEX y en el artículo 63 LOEX, al que nos hemos referido previamente.

En segundo lugar, la expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español[1463]. La duración de la prohibición se determinará caso por caso, sin que su vigencia pueda exceder de cinco años (art. 58.1 LOEX). No obstante, con carácter excepcional, «cuando el extranjero suponga una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o para la salud pública, podrá imponerse un período de prohibición de entrada de hasta diez años» (art. 58.2 LOEX).

Cabe decir que el órgano competente no podrá imponer la prohibición de entrada en caso de que el extranjero abandone el territorio nacional durante la tramitación de un expediente sancionador por las causas de los supuestos del art. 53.1 a) y b) o revocará la prohibición de entrada impuesta por dichas causas si el extranjero lo abandona en el plazo de cumplimiento voluntario previsto en la orden de expulsión (art. 58.2 LOEX).

En tercer lugar, la expulsión implicará «la extinción de cualquier autorización para permanecer legalmente en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado» (art. 57.4 LOEX)[1464]. A este respecto, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 94/1993, de 22 de marzo, declaró que «la Administración no puede expulsar por carecer de la documentación preceptiva a quien ha instado su expedición sin haber resuelto previamente si tiene derecho o no a obtener el permiso de residencia». Dicha afirmación ha sido asentada por el TC en numerosas sentencias, según las cuales constituye doctrina jurisprudencial consolidada que «no resulta conforme a Derecho la orden de expulsión o la obligación de salida del territorio nacional mientras la Administración no haya resuelto la solicitud de permiso de trabajo, de residencia o de regularización de la situación de un ciudadano extranjero»[1465].

[1463] Según el art. 26.1 de la LOEX, «no podrán entrar en España, ni obtener un visado a tal fin, los extranjeros que hayan sido expulsados, mientras dure la prohibición de entrada, así como aquellos que la tengan prohibida por otra causa legalmente establecida o en virtud de convenios internacionales en los que sea parte España».

[1464] Así lo corrobora igualmente el art. 245.3 RLOEX, según el cual «la expulsión conllevará la extinción de cualquier autorización para permanecer en España de la que fuese titular el extranjero expulsado, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España».

[1465] Véase, en este sentido, la STSJ de Madrid 557/2013, de 4 de julio de 2013, en la cual se citan las SSTC de 29 de marzo de 1988, 29 de mayo de 1991, 19 de julio de 1996, 25 de noviembre de 1996, 19 de febrero de 2000, 22 de julio de 2000, 30 de septiembre de 2000, 19 de diciembre de 2000 y 3 de abril de 2000.

En este contexto, el TC da un paso más, afirmando que, en cuanto a las consecuencias que de la denegación de una autorización de residencia y trabajo pueden derivarse respecto a la efectiva permanencia en el territorio español, los argumentos sobre el arraigo o el interés superior del menor, cuando los haya, deben hacerse valer, no en el procedimiento para la obtención o renovación de la autorización de residencia y trabajo, sino en el ulterior procedimiento sancionador, a fin de contribuir a la recta formulación del juicio de proporcionalidad en la elección entre las sanciones de multa o expulsión[1466].

Otro supuesto es el caso de las infracciones previstas en las letras a) y b) del artículo 53.1 de la LOEX. En estos casos, «salvo que concurran razones de orden público o de seguridad nacional, si el extranjero fuese titular de una autorización de residencia válida expedida por otro Estado miembro, se le advertirá de la obligación de dirigirse de inmediato al territorio de dicho Estado» (art. 57.4 LOEX).

Por último, cabe destacar que «la ejecución de la resolución de expulsión se efectuará a costa del extranjero si este dispusiera de medios económicos» (art. 246.5 RLOEX). En caso de no disponer de estos medios económicos, se comunicará dicha circunstancia al representante diplomático o consular de su país a los efectos oportunos (art. 64.3 LOEX).

De acuerdo al art. 252.2 RLOEX, si la resolución se adoptase por razón de la infracción de inducción a la inmigración clandestina del artículo 54.1.b) LOEX, y se hubiese procedido a la aprehensión de bienes, efectos o instrumentos que hubiesen sido utilizados en su comisión, se procederá al decomiso de dichos bienes o efectos, salvo que se acredite que tales bienes pertenecen a un tercero de buena fe no responsable de la infracción que los haya adquirido legalmente.

Por último, la resolución que tenga por causa la infracción relativa a la contratación de trabajadores sin autorización prevista en el artículo 54.1.d), y sin perjuicio de la expulsión acordada, podrá acordar la clausura del establecimiento o local por un periodo desde seis meses a cinco años (art. 245.4 y 5 RLOEX).

[1466] Véase el ATC 54/2010, de 19 mayo (FFJJ 5º y 6º).

XII. LA PROTECCIÓN FRENTE A LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EN EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN DE DATOS

A. El derecho fundamental a la protección de los datos personales y el acceso de la Policía a los datos del Padrón de los extranjeros: la STC 17/2013

En el recurso de inconstitucionalidad planteado ante el TC, resuelto mediante Sentencia 17/2013, de 31 de enero, se planteó la legalidad de la disposición adicional séptima, relativa al acceso a los datos del padrón, que se añadió a la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, por el art. 3.5 de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre. En ella se consagra que, con la exclusiva finalidad del ejercicio de las competencias establecidas en la LOEX sobre control y permanencia de extranjeros en España, «la Dirección General de la Policía accederá a los datos de inscripción padronal de los extranjeros existentes en los Padrones Municipales, preferentemente por vía telemática, singularizando, por otro lado, a los no nacionales respecto de los españoles».

Téngase presente, además, que la disposición adicional quinta de la LOEX, titulada «acceso a la información, colaboración entre administraciones públicas y gestión informática de procedimientos», establece en su primer apartado lo siguiente:

«Las Administraciones públicas dentro de su ámbito competencial colaborarán en la cesión de datos relativos a las personas que sean consideradas interesados en los procedimientos regulados en esta Ley Orgánica y sus normas de desarrollo, añadiendo el apartado dos, que para la finalidad de cumplimentar las actuaciones que los órganos de la Administración General del Estado competentes en los procedimientos regulados en esta Ley Orgánica y sus normas de desarrollo tienen encomendados, la Agencia Estatal de Administración Tributaria, la Tesorería General de la Seguridad Social y el Instituto Nacional de Estadística, este último relativo al Padrón Municipal de habitantes, facilitará a aquellos el acceso directo a los ficheros en los que obren datos que hayan de constar en dichos expedientes y sin que sea preciso el consentimiento de los interesados».

La posición mayoritaria en el TC defendía que los extranjeros gozan en España del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal (art. 18.4 CE) en las mismas condiciones que los españoles, admitiendo, a renglón seguido, que ello no impide que la Ley prevea límites al ejercicio del mismo.

Sobre estos límites, tal como recuerda la STC 17/2013, ya se pronunció el TC en la Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, donde reconoce lo siguiente:

«El derecho a la protección de datos no es ilimitado, y aunque y aunque la Constitución no le imponga expresamente límites específicos, ni remita a los Poderes Públicos para su determinación como ha hecho con otros derechos fundamentales, no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución» (FJ 11º).

Por lo que el Tribunal entiende que, de acuerdo a la Constitución:

«Solo la Ley pueda fijar los límites al derecho fundamental contenido en el art. 18.4 CE y que esos límites supongan la posibilidad de ceder pero solo ante "bienes, e incluso intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que experimenten sea necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido" (STC 292/2000, FJ 11)»[1467].

Es preciso señalar que el TC conceptúa el padrón como un registro administrativo «al alcance de la totalidad de las Administraciones Públicas», además de recordar el deber de estas de facilitarse recíprocamente información. De esta forma, abala todas las modificaciones introducidas por el legislador:

«En el descrito marco de previsiones legales específicas que amparan las relaciones interadministrativas, debemos analizar el acceso cuestionado con respecto al cual apreciamos que, en primer lugar, el precepto legal establece la finalidad perseguida por el mismo, circunscrita al ejercicio de las competencias sobre control y permanencia de extranjeros en España, lo cual guarda directa relación con lo dispuesto en el art. 11.1.a) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, precepto que atribuye a las mismas, entre otras, la función de velar por el cumplimiento de las leyes y en el art. 12.1.A.c) del mismo texto legal en cuanto encomienda al Cuerpo Nacional de Policía la tarea de ejercer las competencias previstas en la legislación sobre extranjería, refugio y asilo, extradición, expulsión, emigración e inmigración tareas que, en todo caso, han de ejercerse, guardando riguroso secreto respecto a todas las informaciones que conozcan por razón o con ocasión del desempeño de esas funciones (art. 5.5 de la Ley Orgánica 2/1986)» (FJ 9º).

Al respecto, recuerda la citada Sentencia lo siguiente:

«No debe obviarse que compete al Estado el control del acceso de las personas a su territorio, de forma tal que el deseable objetivo de conseguir la plena integración social de los inmigrantes se conecte con el respeto a la legalidad vigente, que establece el principio de rechazo a la inmigración ilegal o incontrolada, toda vez que es un hecho que, por razones de diverso tipo, nuestro país se ha convertido en receptor de personas emigradas de diversos países. De ahí que, a tal fin, se dispongan los medios que, por un lado, impidan las entradas ilegales en España y, de

[1467] Véase el voto particular del Magistrado Pablo Pérez Tremps, en la STC 17/2013.

otro, eviten las estancias sin título jurídico válido, estableciendo la salida obligatoria del extranjero que carece de él y se encuentra en España en situación irregular» (FJ 9º).

Ahora bien, la referida disposición adicional séptima debe entenderse de acuerdo a las exigencias de proporcionalidad que la doctrina constitucional exige a la hora de limitar un derecho fundamental. En el ámbito del derecho a la protección de datos de carácter personal, ello tiene las siguientes implicaciones:

«La cesión de datos que el acceso regulado por el precepto supone ha de venir rodeado de una serie de garantías específicas, garantías que, cumplimentadas por el órgano administrativo al que el precepto hace referencia, son, evidentemente, susceptibles de control. Entre ellas se encuentra la necesidad de motivar y justificar expresamente evitando que se produzca tanto un uso torticero de dicha facultad como accesos indiscriminados o masivos» (FJ 9º).

Los límites al acceso también resultan de la ley ordinaria, como se deduce del art. 16.3 LBRL, modificado por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, y según el cual:

«Los datos del Padrón municipal se cederán a otras Administraciones Públicas que lo soliciten sin consentimiento previo del afectado solamente cuando les sean necesarios para el ejercicio de sus respectivas competencias, y exclusivamente para asuntos en los que la residencia o el domicilio sean datos relevantes. También pueden servir para elaborar estadísticas oficiales sometidas al secreto estadístico, en los términos previstos en la Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la Función Estadística Pública».

Asimismo, la LOPD, y en especial su antiguo art. 22.2, constituye un límite a dicho acceso. Con tales garantías, el acceso regulado en la disposición cuestionada resultaba ser, en su opinión, proporcionado en relación con la finalidad perseguida.

El problema, tal y como señalaba el Magistrado Pablo Pérez Tremps en su voto particular a la STC 17/2013, radica en lo siguiente:

«Esta disposición adicional contempla la cesión de datos del padrón de habitantes de personas de origen extranjero a una Administración distinta de la que los recabó y para una finalidad muy diferente de la que inspira la recogida de esos datos, sin contar con la autorización de su titular. Esta regulación pone de manifiesto una notable limitación del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de los datos personales (art. 18.4) que, por afectar solo a personas de origen extranjero, lleva a la conclusión de que los extranjeros ya no gozan en España del derecho fundamental derivado del art. 18.4 CE en las mismas condiciones que los españoles».

Sobre ello también se pronunció la STC 292/2000, afirmando que:

«El derecho a consentir la recogida y el tratamiento de los datos personales (art. 6 LOPD) no implica en modo alguno consentir la cesión de tales datos a terceros, pues constituye una

facultad específica que también forma parte del contenido del derecho fundamental a la protección de tales datos» (FJ 13º).

En dicha Sentencia, el TC añadió que la cesión de datos a un tercero, para proceder a un tratamiento con fines distintos de los que originaron su recogida, no se contrapone automáticamente a la LOPD, si bien supone:

«Una nueva posesión y uso que requiere el consentimiento del interesado. Una facultad que solo cabe limitar en atención a derechos y bienes de relevancia constitucional y, por tanto, esté justificada, sea proporcionada y, además, se establezca por Ley, pues el derecho fundamental a la protección de datos personales no admite otros límites» (FJ 13º).

Ya que así se establece por Ley, a través del art. 16.3 y de la disposición adicional séptima de la LBRL, solo queda justificar que la limitación de este derecho sea proporcional, algo que defiende el TC considerando la medida idónea para la finalidad de la gestión del sistema de control de entrada y permanencia de extranjeros en España a fin de evitar el fenómeno de la inmigración irregular. Igualmente, entiende que es proporcionada en cuanto solo podrá darse el acceso cuando el contenido en el padrón resulte pertinente y necesario en relación con la finalidad expuesta, y siempre que se motive expresamente tanto la concreta atribución de la condición de usuario para el acceso telemático a los datos del padrón que el precepto prevé, como los concretos accesos de que se trate, evitando que se produzca tanto un uso torticero de dicha facultad como accesos indiscriminados o masivos.

B. El voto particular en la STC 17/2013 y sus razones

Sin embargo, el voto particular entiende que la indeterminación de la norma impugnada impide garantizar la proporcionalidad e idoneidad de la medida en cuestión. En este sentido, resultarían indeterminados, entre otros aspectos, el sujeto habilitado para el acceso, la forma, objeto y garantías del acceso. A modo de ejemplo, la Ley habilita de forma general a la Dirección General de la Policía para acceder a los datos, sin aclarar si el acceso se permite únicamente al titular de ese órgano o bien a cualquier órgano o unidad integrados en dicha dirección. De acuerdo al Magistrado, «esto supone un amplio universo de sujetos habilitados, lo que va en detrimento de la proporcionalidad de la medida y del mandato de predeterminación de las medidas limitativas de derechos fundamentales». Tampoco se establecen límites o condiciones al objeto de acceso, que podrá abarcar la totalidad de los «datos de inscripción padronal de los extranjeros existentes en los padrones municipales», lo cual incluye no solo el domicilio, sino también

el número de pasaporte, con las implicaciones que de ello se derivan a la hora de identificar extranjeros en situación de irregularidad administrativa.

En su voto particular, el Magistrado afirma lo siguiente:

«La inscripción en el padrón es, además, para el caso de los extranjeros, condición para el ejercicio de diversos derechos que son fundamentales y para su integración en nuestra sociedad. Así la posibilidad de prestación de la asistencia sanitaria exige la inscripción en el padrón, el acceso a la educación pública de los menores de edad también, independientemente de la situación de regularidad o irregularidad administrativa de sus progenitores o tutores, así como depende de la inscripción en el padrón el ejercicio del derecho a la participación pública en aquellas dimensiones que completan el ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo. Del mismo modo, el padrón también es prueba de estancia continuada en España para una eventual solicitud de regularización por arraigo. Es evidente, por tanto, la conexión entre el ejercicio de derechos y la inscripción en el padrón de habitantes, como lo es también el efecto desincentivador que la posibilidad de cesión de datos a la Policía provoca sobre esa eventual inscripción. La Policía puede tener interés en acceder a los datos del padrón, porque le ofrecen una información más o menos fiable sobre la situación de irregularidad de un extranjero, en el caso de aquellos que se inscriben con su pasaporte en defecto de número de identidad de extranjero. Sin embargo, la utilización de los datos del padrón como instrumento de control de flujos entra en abierta oposición con la finalidad del padrón como registro administrativo que se constituye en condición para el ejercicio de derechos. Así, si la finalidad de la cesión de datos es incoar un expediente de expulsión, resulta contradictorio admitir que los datos del padrón fueran también condición de prueba del arraigo, porque ambas finalidades son incompatibles, lo que hace que la cesión, en este caso sea desproporcionada teniendo en cuenta las consecuencias sobre la situación de extranjeros efectivamente integrados en España».

Hemos de añadir a este razonamiento que las Instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre la gestión del Padrón municipal de 2020 expresan lo siguiente:

«El objetivo de exigir documentación identificativa al solicitar la inscripción en el Padrón es exclusivamente comprobar que los datos de identificación (nombre, apellidos, número del documento, nacionalidad, sexo y lugar y fecha de nacimiento) son correctos, con independencia de la situación legal del extranjero en España. Al Ayuntamiento no le corresponde realizar ningún control sobre la legalidad o ilegalidad de la residencia en territorio español de ninguno de sus vecinos»[1468].

Concluye el voto particular con una reflexión que comparto:

[1468] Véase la Resolución de 17 de febrero de 2020, de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Cooperación Autonómica y Local, por la que se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre la gestión del Padrón municipal, apartado 2.

«Superaría adecuadamente el test de proporcionalidad una cesión de datos destinada, por poner varios ejemplos, a la actualización del registro central de extranjeros, a realizar comunicaciones administrativas, a localizar personas de origen extranjero por solicitudes realizadas por sus consulados o embajadas, o a llegar al conocimiento de que existe un domicilio para evitar el internamiento en un centro de internamiento de extranjeros. Sin embargo, en ningún caso sería admisible la cesión de datos que permitan deducir la condición de regularidad o irregularidad de una persona, elemento que, parece ser la base que sustenta la legitimidad constitucional de la medida al amparar la finalidad de la misma y vincularla a la lucha contra la inmigración irregular. Recordando que la disposición impugnada permite a la Policía acceder a los "datos de inscripción padronal" ¸ sin especificar más, y sin que la sentencia realice, en su interpretación, ninguna salvedad al respecto».

A este respecto también se pronunció la AEPD en su Informe 0010/2014, en el que, ratificando la posición adoptada en otros trabajos anteriores, señalaba que el artículo 16.3 LBRL «permitiría la cesión a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de los datos contenidos en el Padrón Municipal, pero únicamente caso por caso y como consecuencia de la realización de una concreta actividad investigadora», dado el contenido del entonces vigente artículo 22.2 de la Ley Orgánica 15/1999, limitándose la cesión a «los datos referidos al nombre, apellidos y domicilio, al ser estos los únicos que la Ley de Bases de Régimen Local autoriza a transmitir, y para el uso derivado de la función de mantenimiento de la seguridad pública»[1469].

En consecuencia, entiende el Informe lo siguiente:

«El acceso o comunicación de los datos será posible cuando se trate de una petición de datos determinados en relación con una concreta investigación, no obstante, deberá quedar identificado el funcionario o responsable de la policía que efectúa la petición, a efectos de que quede garantizada la posibilidad de analizar, en su caso y en vía judicial, que el acceso tenía amparo en lo establecido en la Ley. En particular, el informe citado de 17 de septiembre de 2013 estudiaba el problema planteado, en lo que atañe a una comunicación a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de los datos de nacionales de determinados Estados, que solo cabría atender los requerimientos relativos a expedientes concretos, debidamente especificados y justificada la finalidad de la cesión. En este sentido, podrían efectuarse concreciones para que solo quedaran incluidos los ciudadanos que pudieran encuadrarse entre los sospechosos en el marco de una operación concreta».

Asimismo, reproduciendo el texto de su Informe de 14 de junio de 2005, señala la AEPD que ha de distinguirse «aquellas actuaciones de la Policía Judicial que son llevadas

[1469] Guichot Reina mantiene que, tal y como está regulado en la LOPD, el principio de finalidad se traduce en última instancia en una reserva de ley para el cambio de finalidad. Véase GUICHOT REINA, V., *Datos personales y Administración Pública*, Civitas, Madrid, 2005, p. 233.

a cabo en cumplimiento de un mandato judicial o de un requerimiento efectuado por el Ministerio Fiscal, de aquellas otras que se llevan a cabo por propia iniciativa o a instancia de su superior jerárquico». Respecto de las primeras no se requería el consentimiento del interesado a la cesión, por cuanto los efectivos de la Policía Judicial solicitantes de los datos son meros transmisores de la solicitud efectuada por el juez o fiscal, siendo estos últimos los destinatarios de los datos cedidos, de acuerdo al art. 11.2 de la ya derogada LOPD.

No obstante, según la AEPD:

«El problema se plantea, sin embargo, en relación con aquellos supuestos en los que la Policía Judicial requiere la cesión de los datos con el fin de ejercitar otras funciones, por ejemplo, de averiguación del delito y detención del responsable, al no existir en ese caso mandamiento judicial o requerimiento del Ministerio Fiscal que dé cobertura a la cesión, siempre y cuando, como se indica en el informe de la Comisaría General de la Policía Judicial y esta Agencia Española de Protección de Datos ha venido indicando reiteradamente, se cumplan las siguientes condiciones:

a) Que quede debidamente acreditado que la obtención de los datos resulta necesaria para la prevención de un peligro real y grave para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales y que, tratándose de datos especialmente protegidos, sean absolutamente necesarios para los fines de una investigación concreta.
b) Que se trate de una petición concreta y específica, al no ser compatible con lo señalado anteriormente el ejercicio de solicitudes masivas de datos.
c) Que la petición se efectúe con la debida motivación, que acredite su relación con los supuestos que se han expuesto.
d) Que, en cumplimiento del artículo 22.4 de la Ley Orgánica15/1999, los datos sean cancelados "cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento".

Las conclusiones de dicho informe resultaban de aplicación al presente supuesto, en el que de una parte la legitimación para la comunicación de los datos se encontrará en el ejercicio de las competencias que a la Policía Nacional atribuye la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, siempre y cuando los datos personales se recaben en la forma establecida en el artículo 22 de la Ley Orgánica 15/1999 y con sujeción igualmente al principio de proporcionalidad establecido en el artículo. 4.1 de esta última, conforme al cual «los datos de carácter personal, solo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido.

De manera para que la cesión sea conforme a lo establecido en la LOPD deberá efectuarse en el marco de expedientes concretos, debidamente especificados y justificada la finalidad de la cesión en la competencia a ejercitar, de manera que pueda verificarse la licitud del acceso realizado, esto es, si la solicitud responde a la necesidad de prevención de un peligro real y grave para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales, requisito al que no se da cumplimiento en la solicitud de datos a que se refiere la consulta».

Por lo tanto, entendiendo que la finalidad no es la permitida en la norma entonces vigente, y considerando además que el referido art. 22 ha sido eliminado de la norma actualmente en vigor –pudiendo ser su equivalente el art. 10 LOPD–, no encontramos amparo legal para dicha cesión de datos de los extranjeros del Padrón a la Policía. Es más, el art. 10 actual solo permite el tratamiento de datos penales para fines distintos a los de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o ejecución de sanciones penales, cuando se encuentre amparado en norma de Derecho de la UE, ley orgánica u ordinaria, pero sin prever ningún límite en caso de fines distintos a los señalados.

Consideramos que no basta que se haya cumplido la formalidad de prever con una norma con rango legal la cesión de datos entre Administraciones. Si analizamos el art. 18.4 de la CE, según el cual «la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos», es evidente que se precisa de una ley que establezca esos límites y que garantice el cumplimiento del derecho fundamental.

El Tribunal Constitucional, en la citada Sentencia 292/2000, afirmó que:

«La ausencia de delimitación tanto en la finalidad para la que se obtienen los datos, como en el contenido de los mismos lesionaría el principio de seguridad jurídica que se concibe como certeza del ordenamiento aplicable y expectativa razonablemente fundada de las personas sobre las cuales ha de ser la actuación de poderes aplicando el derecho»[1470].

[1470] El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha exigido que la ley permita que el interesado pueda saber qué consecuencias va a tener la injerencia de la autoridad en su intimidad, y que pueda tener la seguridad de que esa injerencia es conforme a la legalidad y al Estado de derecho. Según el Tribunal, una ley cumple con los requisitos de legalidad en un estado de derecho desde el momento en que es previsible, carente de toda arbitrariedad y permite que el individuo conozca la extensión y el contenido de la injerencia. Así, en la Sentencia de 25 de septiembre de 2001, *P.G. y J.H. c. Reino Unido*, el Tribunal consideró que el sometimiento de la injerencia a un marco de legalidad es un requisitos necesario pero no suficiente: «La expresión "prevista por la ley" requiere, en primer lugar, que la medida impugnada deba tener alguna base en el Derecho interno, y en segundo lugar, se refiere a la calidad de la ley en cuestión, siempre que sea asequible a la persona implicada, quien debe además ser capaz de prever sus consecuencias para él, y que sea compatible con el estado de Derecho». En la Sentencia de 25 de marzo de 1998, *Kopp c. Suiza*, dispuso que «tal injerencia vulnera el artículo 8 salvo si, "prevista por la ley", persigue uno o varios fines legítimos con respecto al apartado 2 y, además, es "necesaria en una sociedad democrática" para alcanzarlos. Las palabras "prevista por la ley", en el sentido del artículo 8.2, buscan en primer lugar que la medida incriminada tenga una base en el Derecho interno, pero también se

Asimismo, entendemos que, por motivos obvios de temporalidad, no se ha tenido en cuenta el vigente Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, cuyo artículo 5 contiene una serie de principios relativos al tratamiento de datos personales. En su apartado a) se establece claramente que los datos serán «tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado». El apartado b) añade que los datos serán «recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines». Además, conforme al apartado c), serán «adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados»[1471].

Por tanto, considerando que los fines de recogida de datos son incompatibles con los fines de control de residencia o permanencia de los extranjeros en España; que, además, se ha eliminado la previsión contenida en el art. 22 de la LOPD que amparaba esta cesión de datos, y en todo caso, los datos referidos al nombre, apellidos y domicilio, al ser estos los únicos que la Ley de Bases de Régimen Local autoriza a transmitir, y para el uso derivado de la función de mantenimiento de la seguridad pública, entendemos que en la actualidad, es dudosa la base legal que sustente la cesión de datos personales del Padrón a la Policía, sin más garantías específicas propias de un derecho fundamental como es el contemplado en el art. 18 CE, dirigida a averiguar la situación administrativa de los extranjeros inscritos[1472].

Cabe finalizar añadiendo que entendemos que la excepción que contempla el art. 16.3 y la disposición adicional séptima de la LBRL no contiene un salvoconducto que permita ceder datos de todo tipo a la policía, y menos aquellos que deriven hacia su expulsión o devolución, pudiendo en este caso ser cuestionada desde el punto de vista del procedimiento, además de entender que la previsión de la disposición adicional séptima carece de sustento legal que permita acudir a esta práctica conforme a la normativa actual de protección de datos[1473], siendo necesario incidir en la individualización de cada caso y

refieren a la calidad de la ley en cuestión: exigen la accesibilidad de ésta para la persona implicada, que además debe poder prever las consecuencias para ella, y su compatibilidad con la preeminencia del derecho». También el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en su Sentencia de 20 de mayo de 2003, entendió que «procede comprobar... si la injerencia de que se trata es necesaria en una sociedad democrática, para alcanzar la finalidad legítima perseguida...».

[1471] Véase en este sentido la Resolución de 17 febrero de 2021 de la AEPD, procedimiento n.º PS/00071/2020, a la que nos referiremos más adelante.

[1472] En esta labor resultan de imprescindible referencia las obras de FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., *La protección de los datos personales en las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2003 y de GUICHOT REINA, E., *Datos personales y Administración Pública*, Civitas, Madrid, 2005.

[1473] En la doctrina debemos mencionar, entre otros, a AGUADO I CUDOLÀ, V., «Hacia una nueva población municipal: el padrón como instrumento para la realización de políticas públicas y para el ejercicio de derechos de españoles y extranjeros», *Anuario de Gobierno Local*, núm. 1, 2003, p. 228,

en la finalidad de dicha cesión[1474]. Véase como ejemplo, en este sentido, la Resolución sancionadora de la AEPD de 17 de febrero de 2021, que consideró al Ayuntamiento de Ribaforada infractor del artículo 5.1.a) del RGPD, de conformidad con el artículo 83.5 a) del RGPD, por un tratamiento de datos personales con una finalidad sobre la que no existía legitimación, además de no haberse acreditado la motivación jurídica que serviría de base para el tratamiento legítimo de esos datos.

por entender que no supera el test de proporcionalidad en sus aspectos de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; EZQUERRA HUERVA, «Extranjería y régimen local: la inscripción de los extranjeros en el Padrón Municipal de Habitantes», *Revista Española de Derecho Administrativo* , núm. 140, 2008, pp. 703 a 708, al manifestar que la única finalidad del acceso compatible con el derecho de protección de datos de carácter personal es la persecución de delitos, nunca de infracciones administrativas y, en todo caso, sólo podrá mantenerse la constitucionalidad del acceso cuando los datos obtenidos con el mismo tengan como destino la garantía de derechos fundamentales o intereses protegidos por el ordenamiento jurídico, lo que le lleva a afirmar que no será posible el acceso a los datos del Padrón en el marco de procedimientos sancionadores en materia de extranjería.

[1474] Véase en general, MARTÍN DELGADO, I., «El acceso a los datos del padrón por administraciones públicas distintas de la municipal en materia de extranjería», *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 161, 2014.

CAPÍTULO VIII

LÍMITES A LA DEVOLUCIÓN Y OTRAS FORMAS DE SALIDA FORZOSA EN ESPAÑA

«*Antes, el hombre solo tenía cuerpo y alma.*

Ahora, además, necesita un pasaporte,

de lo contrario no se le trata como a un hombre»

Stefan Zweig, *El mundo de ayer.*

I. INTRODUCCIÓN

Una vez perfilado el contexto de la salida forzosa de los extranjeros en nuestro ordenamiento y analizada la denegación de entrada y la expulsión, es preciso ahora estudiar otra de las figuras más importantes entre las formas de salida forzosa, que en ocasiones se utiliza indistintamente como sinónimo de expulsión sin serlo. Esta figura no es otra que la devolución. Tal y como apuntábamos en el capítulo anterior, la LOEX frecuentemente adolece de imprecisiones terminológicas que pueden conducir a desdibujar las distintas medidas previstas y a confundir el marco legal aplicable a cada una de ellas, comenzando por las relativas a la denegación de entrada en España, ya que cuando esta tiene lugar en la frontera produce como efecto el retorno del extranjero.

El rechazo en frontera[1475] o denegación de entrada presupone que la entrada que se pretende efectuar no es clandestina, sino conocida de la autoridad española, que, en su caso, la deniega por no cumplirse todos los requisitos procedentes para su autorización y conlleva el retorno del extranjero[1476].

Sin embargo, la entrada por puestos no habilitados, de manera ilegal, o en las inmediaciones de la frontera, así como el incumplimiento de la prohibición de entrada en

[1475] Véase ACOSTA PENCO, Mª Teresa, "Rechazo en frontera y derechos humanos", Revista Española de Derecho Administrativo, nº 193, 2018, pp. 275-307.

[1476] Véase SILVEIRA GORSKI, Héctor Claudio, "La legalarbitrariedad como mecanismo jurídico de control de la inmigración irregular", Crítica Penal y Poder: una publicación del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, nº. 12, 2017, pp. 34-54.

España, produce un efecto diferente, cual es la devolución del extranjero, previo el correspondiente expediente administrativo.

Como veremos, para añadir más confusión, se ha incluido en la disposición adicional décima de la LOEX un régimen especial para los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera, que podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España. Entendemos que, más que un rechazo en frontera –tal y como viene caracterizándose a esta figura (desde nuestro punto de vista, de manera incorrecta, puesto que no es una denegación de entrada)–, se trataría de un supuesto de devolución de un sujeto interceptado ante un intento de entrada irregular.

Por otro lado, si la expulsión –tal y como analizábamos en el capítulo anterior– constituye una sanción administrativa a consecuencia de una infracción regulada en la ley que lleva aparejada la prohibición de entrada en España por un lapso temporal y que precisa de la tramitación de expediente administrativo sancionador de expulsión, la devolución se concibe como una medida de restablecimiento del orden jurídico perturbado, que se acuerda, sin necesidad de incoar expediente administrativo sancionador, por resolución administrativa de la autoridad gubernativa competente para la expulsión.

Para definir la devolución, vamos a seguir el tenor literal del Informe sobre Asistencia Jurídica de los Extranjeros en España, elaborado por el Defensor del Pueblo, que la delimita como la «resolución dictada por la autoridad gubernativa competente, subdelegados del Gobierno o delegados del Gobierno en las comunidades autónomas uniprovinciales, en el caso de que un extranjero pretenda entrar ilegalmente en nuestro país o contravenga una prohibición de entrada en España»[1477].

De esta forma, distingue ya los dos supuestos de devolución contemplados en los artículos 58.3 LOEX y 23 RLOEX.

- Por una parte, los extranjeros que, habiendo sido expulsados, contravengan la prohibición de entrada en España. A estos efectos, se considerará contravenida la prohibición de entrada en España cuando así conste, independientemente de si fue adoptada por las autoridades españolas o por las de alguno de los Estados con los que España tenga suscrito convenio en ese sentido.

[1477] DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe sobre Asistencia Jurídica de los Extranjeros en España*, Madrid, 2005, p. 94.

- Por otra, los extranjeros que pretendan entrar irregularmente en el país. Se considerarán incluidos, a estos efectos, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones.

Principales diferencias entre figuras afines

Expulsión: es la sanción que puede imponerse al extranjero que está ya en España en situación irregular o en otras circunstancias previstas en la norma que conllevan como consecuencia la expulsión[1478].

Denegación o rechazo de entrada en frontera y retorno: es la situación que se produce cuando, por falta de los requisitos necesarios para la entrada en el país, se acuerda el regreso del extranjero al país de procedencia. Según el art. 60.1 LOEX:

«Los extranjeros a los que en frontera se les deniegue la entrada según lo previsto por el artículo 26.2 de esta Ley, estarán obligados a regresar a su punto de origen. La resolución de la denegación de entrada conllevará la adopción inmediata de las medidas necesarias para que el extranjero regrese en el plazo más breve posible. Cuando el regreso fuera a retrasarse más de setenta y dos horas, la autoridad que hubiera denegado la entrada se dirigirá al Juez de Instrucción para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta ese momento»[1479].

Salida obligatoria: es la medida que sigue a toda resolución administrativa por la que se deniega a un extranjero una solicitud de asilo, de prórroga de estancia, de autorización de residencia o de su renovación. Implica que se le concede un plazo para que voluntariamente abandone España.

II. ORÍGENES Y ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DE LA DEVOLUCIÓN

A. La Ley de extranjería de 1985

La derogada LOE se sirvió de dos medidas de alejamiento para garantizar la efectividad del sistema de control de entradas: el rechazo en frontera y la devolución; medida esta última de nuevo cuño, regulada someramente en el antiguo art. 36.2 LOE, puesto que el debate parlamentario pasó por encima de ella, tanto por el carácter de urgencia con que esta Ley Orgánica se tramitó, como por la monopolización de toda la

[1478] Véase el capítulo VII.
[1479] Véase la denegación de entrada en el capítulo VII.

discusión para la figura de la expulsión[1480]. La devolución se planteó inicialmente como una medida ejecutiva para aquellos casos en que un extranjero hubiese sido expulsado de España y hubiera vuelto a entrar en contravención de la prohibición de entrada, en línea con la construcción jurisprudencial de la STS de 25 de junio de 1980. Sin embargo, se incluyó también como supuesto de devolución la entrada ilegal, que ya no derivaba de un título ejecutivo consecuencia de una expulsión anterior.

El hecho de incluir ambos supuestos en un régimen unitario, junto con una imprecisa redacción del art. 36.2, hizo necesario que los sucesivos reglamentos ejecutivos de la LOE (el Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, y el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero) tuvieran que asumir la concreción de esta figura. Durante la vigencia de la LOE, se adoptaron y ejecutaron numerosas decisiones de devolución, a pesar de que la regulación y la práctica planteaban objeciones desde el punto de vista del respeto a los derechos fundamentales. Ante las insuficiencias detectadas en la regulación de esta figura, en 1998 se presentaron varias proposiciones de ley en el Congreso de los Diputados para reformar la LOE que fueron integradas en la vigente LOEX, a pesar de las discrepancias en su tramitación. Precisamente, estas discrepancias fueron la causa de la reforma que dio lugar a la LO 8/2000, de 22 de diciembre. Tras la reforma, la devolución se perfila como una medida de alejamiento inmediato de los extranjeros, si bien se recuerda que su raíz se encuentra en el sistema de control de entradas, motivo por cual ha sido revestida de menos garantías que la expulsión.

B. Principales elementos que caracterizan la devolución y diferencias con la expulsión

1. La diferente naturaleza jurídica

Tal y como reza la regulación actual en el art. 58.3 LOEX y 23 RLOEX:

«No será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros, en los siguientes supuestos:

a) Los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España.
b) Los que pretendan entrar ilegalmente en el país».

De esta forma, la norma ya está marcando la principal diferencia entre ambas figuras, que es su naturaleza jurídica, al no requerir el mismo trámite. Es preciso resaltar que la ausencia de expediente de expulsión no implica ausencia de procedimiento alguno

[1480] MOYA MALAPEIRA, D., «La devolución de extranjeros en el ordenamiento jurídico español», *R.V.A.P.*, núm. 62, 2002, pp. 8-12.

ni mucho menos ausencia de garantías[1481]; simplemente significa que no será necesario iniciar un expediente de expulsión, pero sí de devolución, lo cual, además, refuerza también la afirmación sobre la distinta naturaleza jurídica de ambas figuras, tal y como veremos.

Sobre la necesidad de un expediente de devolución ya se pronunciaron algunos autores como Rodríguez Candela y García España, en línea además con lo dispuesto en el artículo 20.2 de la LOEX y en la propia Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas[1482].

A diferencia de la expulsión, la devolución pretende evitar la contravención del ordenamiento jurídico de extranjería, por lo que, como veremos, no comporta en sí misma una sanción, sino una medida gubernativa de reacción inmediata frente a una perturbación del orden jurídico, articulada a través de un cauce flexible y rápido. No concurre así en la orden de devolución la «función represiva, retributiva o de castigo»[1483] propia de las sanciones. Dicha resolución administrativa no suprime o restringe derechos pertenecientes a su destinatario «como consecuencia de un ilícito»[1484], sin perjuicio de que, tal como se deriva del art. 20.2 LOEX, habrán de respetarse las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, «especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones».

En el mismo sentido, el art. 22 LOEX reconoce a los extranjeros el derecho de asistencia jurídica gratuita y la asistencia de intérprete en todos los procedimientos administrativos que puedan llevar a su devolución lo que garantiza el derecho de defensa, en particular la formulación de alegaciones y la presentación de recursos, extremo este expresamente contemplado en el art. 21 LOEX.

En suma, la devolución consiste en una medida que se acuerda por parte del Estado español en el marco de su política de extranjería, en la que se incluye tanto el necesario control de los flujos migratorios que tiene como destino nuestro país como el establecimiento de los requisitos y condiciones exigibles a los extranjeros para su entrada y residencia en España[1485].

En segundo lugar, solo se contempla la adopción de la misma por resolución del Subdelegado del Gobierno o del Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas

[1481] Véase, en global, FERNÁNDEZ PÉREZ, A., *La regulación de las devoluciones…, op.cit.*
[1482] Véase, en global, RODRÍGUEZ CANDELA, J.L. y GARCÍA ESPAÑA, E., «La devolución del Extranjero», *La Ley*, núm. 5, 1996, pp. 1338-1350.
[1483] SSTC 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 3º, y 132/2001, de 8 de junio, FJ 3º.
[1484] STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 9º.
[1485] STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 12º.

uniprovinciales. Por tanto, al contrario que la expulsión, la devolución es acordada únicamente por la autoridad gubernativa competente para la expulsión. La intervención judicial está prevista solo cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de 72 horas, cuando se solicite del juez o tribunal la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión.

El art. 23 RLOEX prevé la posibilidad de interponer recurso durante la situación de privación de libertad el extranjero o ejercitar la acción correspondiente contra la resolución de devolución una vez agotada la vía administrativa ante el Delegado o Subdelegado del Gobierno o el Director del Centro de Internamiento de Extranjeros bajo cuyo control se encuentre, reconociendo el derecho a la asistencia jurídica gratuita (al igual que en el caso de expulsión) en los procedimientos que pongan fin a la vía administrativa y el derecho a la asistencia letrada, en general, en los procedimientos administrativos que puedan llevar a su denegación devolución, siendo gratuita, al igual que la asistencia de intérprete, cuando carezcan de recursos económicos suficientes según lo dispuesto en el art. 22 LOEX.

El supuesto de quebrantamiento de una prohibición de entrada, pese a su carácter residual (menos del 2% de extranjeros son devueltos por este motivo), en realidad tiene una gran importancia, ya que impide a los extranjeros acceder a la regularización. La mayor parte de devoluciones por prohibición de entrada se realizan en provincias con importantes asentamientos de población extranjera como Gerona, Guipúzcoa, Madrid o las Islas Baleares[1486], a diferencia de la devolución por entrada ilegal, más frecuente en el sur de la península, así como en Ceuta y Melilla.

La evolución histórica de los sistemas de control de entrada de extranjeros muestra que la vulneración de una prohibición de entrada vinculada a una expulsión anterior se ubicaba en el derecho penal, como un delito de desobediencia, o al menos, como una infracción administrativa susceptible de multa. En el Derecho comparado, por ejemplo, Italia lo castiga con un arresto de 2 a 6 meses junto con una nueva expulsión, a través de la Ley n.º 40/1998, mientras que, en Francia, la Ordenanza n.º 45-2658, de 2 de noviembre de 1945, prevé la posibilidad de imponer una sanción penal de tres años de cárcel, tras cuyo cumplimiento el Tribunal puede alejar al extranjero de nuevo mediante otra *interdiction du territoire* de hasta diez años.

En España, el cambio se produjo en los años 80 a partir del giro del TS que consideró que la vulneración de una prohibición de entrada imponía la reejecución de la expulsión anterior, en vez de una sanción penal o administrativa, porque el Decreto

[1486] MOYA MALAPEIRA, D., «La devolución de extranjeros en el ordenamiento jurídico español», *op.cit.*, p. 24.

522/1974 no preveía ninguna sanción. Posteriormente, el Legislador optó por no sancionar este comportamiento, fijando solamente el alejamiento inmediato bajo la forma de una medida de devolución, siempre que previamente se haya dictado una orden expulsión gubernativa o una expulsión administrativa autorizada judicialmente (arts. 57.1 y 57.7 LOEX). Sin embargo, un aspecto importante a destacar es la exclusión de este supuesto a la expulsión en virtud del art. 89.2 CP, que contempla las expulsiones judiciales en las que la condena es sustituida por una expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada aparejada de entre tres y diez años de duración[1487]. La razón es que el incumplimiento de la prohibición de entrada se sanciona en estos casos con la aplicación de la pena privativa de libertad inicialmente sustituida.

Asimismo, la prohibición de entrada ha de estar vigente y no haber sido revocada, suspendida, ni haber prescrito. Además, tal como estableció el TS en su Sentencia de 17 de febrero de 1995 tanto la expulsión como la prohibición de entrada deben haber sido correctamente notificadas al extranjero habiéndose agotado el plazo de impugnación de la misma, pues en otro caso la devolución acordada no podrá ser aplicada hasta que la expulsión sea firme y correctamente comunicada al interesado[1488]. Finalmente, es necesario que el extranjero haya efectuado su entrada en España de forma ilegal, eludiendo los controles fronterizos, porque si ha obtenido autorización de entrada, por evidente que sea el error, será necesaria la revocación de oficio del acto administrativo de autorización, o la declaración de nulidad del mismo[1489].

Cuando se trate de extranjeros que pretendan entrar irregularmente en el país, incluyendo los que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado encargadas de la custodia de costas y fronteras que los hayan interceptado los conducirán con la mayor brevedad posible a la correspondiente

[1487] En estos casos la autorización judicial constituye una vía de flexibilización del mandato de indisponibilidad del objeto del proceso penal, en aras de la eficacia en la lucha contra la inmigración ilegal, facilitando así el alejamiento de extranjeros encartados en un proceso penal por delitos menores o faltas, sobre los cuales pende un Decreto de expulsión, que de otra manera podrían permanecer en España hasta el fallo judicial o el archivo del proceso. Esta flexibilización se compensa procesalmente por la adecuada ponderación de los intereses en juego realizada por el Ministerio Fiscal y el Juez. Véanse, PÉREZ PÉREZ, J.J., «La expulsión del extranjero en el proceso penal», en el número monográfico sobre «Extranjeros» de *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 37, 1994, pp. 505-531; JUANES PECES, Á., «Medidas cautelares en el Derecho de Extranjería» y PALOMO DEL ARCO, A., «La expulsión de extranjeros en el proceso penal», en *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo (Adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000)*, CGPJ – Manuales de Formación Continuada, n. º 5, Madrid, 1999, pp. 13 y 139, respectivamente. Igualmente, téngase en cuenta la Instrucción 4/2001, de 25 de julio, de la FGE, sobre la autorización judicial de expulsión de los extranjeros imputados en procedimientos penales.

[1488] En la STS de 17 de febrero de 1995, sobre una expulsión que no habiendo sido notificada provocó la denegación de entrada con rechazo en frontera del extranjero, el Tribunal Supremo declaró que la falta de notificación permitía al extranjero disponer de 10 días para impugnar la expulsión y suspender su ejecución y, en consecuencia, también la prohibición de entrada.

[1489] MOYA MALAPEIRA, D., «La devolución de extranjeros en el ordenamiento jurídico español», *op.cit.*, p. 25.

comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, para que pueda procederse a su identificación y, en su caso, a su devolución. Otro punto que ha conlleva cierta polémica, se centraba en la expresión «pretendan entrar» utilizada por la norma legal, y sobre la que se pronunció el Tribunal Supremo en Sentencia de 13 de octubre de 2003. En dicha Sentencia, el Tribunal aclaraba que la susodicha expresión:

«Incluye en sus propios términos no solo la posibilidad de permitir la devolución sin expediente de los extranjeros que no cumplan los requisitos de entrada y sean interceptados en el límite fronterizo o en sus inmediaciones exteriores del mar territorial, sino también de aquéllos que, en las mismas condiciones de ilegalidad de entrada, sean objeto de una actuación positiva, activa e ininterrumpida, por parte de las autoridades españolas, iniciada antes de su entrada en el país o inmediatamente después y al objeto de lograr su interceptación cuando esta se produzca en las inmediaciones de la frontera» (FJ 3º).

Por todo ello, aquellos extranjeros que, individualmente o en grupo, pretendieran entrar de manera irregular y fueran interceptados en este intento, estarían incluidos en este supuesto del artículo 58.3.b) LOEX y 23.1.b) RLOEX. En el mismo encajarían los presupuestos fácticos de las personas interceptadas intentando superar una zona fronteriza, como, por ejemplo, un vallado[1490], incluyendo los intentos de entrada ilegal a través de Ceuta y Melilla, por lo que no alcanzamos a entender la necesidad de adoptar una disposición adicional específica para estos casos que ya estarían amparados en el art. 58.3. b), más allá que por razones políticas.

Asimismo, la norma contemplaba que toda devolución acordada en caso de extranjeros que pretendan entrar irregularmente en el país llevaba consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años, previsión que, como veremos, fue anulada por la STC 17/2013, marcando así otra diferencia con respecto a la expulsión. El plazo de prescripción previsto para la resolución en este supuesto de devolución será de dos años, y se aplicará de oficio por los órganos competentes.

La devolución acordada para extranjeros que, habiendo sido expulsados, contravengan la prohibición de entrada en España «conllevará la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada que hubiese acordado la resolución de expulsión quebrantada» (art. 58.7 RLOEX). En este caso, la devolución realmente constituiría una modalidad específica de expulsión, de hecho, los efectos jurídicos y materiales son similares. El plazo de prescripción de la resolución de devolución será de cinco años.

[1490] MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., «La vulneración de derechos en la frontera sur: de las devoluciones en caliente al rechazo en frontera», *Revista Crítica Penal y Poder*, n.º 18, 2020, pp. 28-39.

2. Controversias sobre la naturaleza jurídica

Han surgido no pocas dudas en torno a la naturaleza jurídica de la devolución. En concreto, se cuestiona si tiene un carácter sancionador o no, ya que no es una consecuencia a una infracción contemplada en los arts. 53 y 54 LOEX (que contienen las infracciones graves y muy graves), sino que es el resultado de incumplir los requisitos de entrada del art. 25 LOEX; esto es, por los puestos habilitados al efecto, o como consecuencia de contravenir una prohibición de entrada o pretender entrar ilegalmente conforme dispone el art. 58.3 LOEX.

No se trata de una cuestión pacífica, pues algunos autores la consideran una medida sancionadora[1491], otros hablan de coacción administrativa directa[1492], y otros la califican de ejecución forzosa de un acto administrativo previo[1493].

En mi opinión, la cuestión quedó zanjada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 12 de marzo de 2013, cuando afirma que las medidas u órdenes de «devolución» de extranjeros están previstas en dos circunstancias. El primer supuesto se refiere a la orden de «devolución» del extranjero que fue expulsado y ha vuelto a nuestro país contraviniendo la prohibición de entrar en España, por lo que que estaríamos ante «un acto de ejecución material de aquella prohibición y carece de sustantividad sancionadora autónoma», tal y como había afirmado ya el propio TS en ocasiones anteriores, como en la Sentencia de 14 de noviembre de 2001. Por lo tanto, siguiendo con el parecer compartido del alto Tribunal:

«La naturaleza jurídica de este primer supuesto de órdenes de devolución es la correspondiente a una medida que se limita a ejecutar en sus propios términos un acto administrativo previo y aún vigente, que impedía a su destinatario entrar en España. No se trata, pues, de una "sanción" adicional y autónoma, sino del mero cumplimiento de una orden preexistente cuya eficacia permanece inalterada» (FJ 3º).

El segundo supuesto sería el de las órdenes de devolución contra los extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en el país, que se aproximaría más, a ojos del alto Tribunal, «a las medidas administrativas de rechazo o denegación de entrada que adoptan -pueden adoptar- los funcionarios encargados del control en los puestos fronterizos».

El artículo 23.2 RLOEX incluye entre los extranjeros sujetos a devolución por este título a los «que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones». Por tanto,

[1491] FERRER PEÑA, R. M., *Los Derechos de los extranjeros en España*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 189.
[1492] SAGARRA TRIAS, E., *La legislación sobre extranjería e inmigración: una lectura: los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*, Universitat Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2002, p. 224.
[1493] LÓPEZ MUÑIZ GOÑI, M., *La nueva Ley de extranjería*, Colex, Madrid, 2001, p. 913.

este segundo supuesto tampoco tiene carácter sancionador, sino que podría categorizarse como:

«Medidas impeditivas de la entrada ilegal en España frente a quienes "pretendan" eludir la preceptiva entrada por los puestos de control fronterizos. Si quienes optan por la entrada legal a través de dichos puestos pueden verse rechazados, sin que ello constituya una sanción administrativa, ese mismo rechazo o denegación de entrada-ahora convertido en «devolución»- puede aplicarse a quienes sean aprehendidos, en la misma frontera o en sus inmediaciones, cuando intentan burlar el control reglamentario» (FJ 3º).

No existe, por tanto, a juicio del TS:

«Diferencia sustancial entre un supuesto y otro desde la perspectiva de su naturaleza jurídica aun cuando en la Ley 4/2000 ambos tengan un régimen diferenciado: se trata de actuaciones administrativas enmarcadas en la lógica propia de un sistema de control de entrada de los extranjeros en España, no en la del ejercicio del *ius puniendi* del Estado» (FJ 3º).

En idéntico sentido se pronunció el Tribunal Constitucional en su Sentencia 17/2013, de 31 de enero, que negó el carácter sancionador de la resolución de devolución al declarar que esta medida, en tanto que consiste en la decisión administrativa por la que se ordena la salida de España de quienes han pretendido entrar en nuestro país, sin reunir los requisitos exigidos para ello por la legislación pertinente:

«No supone el ejercicio del *ius puniendi* estatal, sino que se dicta como medida de restitución de la legalidad conculcada, expresada en el incumplimiento de los requisitos legales para el ejercicio del derecho de entrada en el territorio nacional (arts. 25 a 27 LOEX), carencia de requisitos que determina la salida obligatoria del territorio nacional en aplicación del mandato legal contenido en el art. 28.3 b) LOEX» (FJ 12º).

Asimismo, cabe recordar la postura de la FGE en su Consulta 1/2001, de 9 de mayo, sobre retorno de extranjeros que pretenden entrar ilegalmente en España: alcance y límites, respecto a la figura del retorno en la LO 4/2000:

«El retorno no es propiamente una sanción, sino una medida de restablecimiento inmediato del orden jurídico perturbado, que se acuerda, sin necesidad de incoar expediente de expulsión, por resolución administrativa de la autoridad gubernativa competente para la expulsión y que no lleva aparejada la referida prohibición de entrada». «Ahora bien, al hablar de devolución hay que poner de relieve el distinto tratamiento que la Ley otorga a cada uno de los casos comprendidos en su art. 58.2, ninguno de los cuales tiene naturaleza sancionadora, siendo, igualmente, medidas administrativas de policía dirigidas, aquí, al restablecimiento del orden jurídico previamente conculcado, por lo que no precisan de expediente de expulsión», criterio que se reitera en la Circular 2/2006, cuando señala que «La devolución no se configura como sanción,

sino como medida administrativa de policía tendente al restablecimiento o mantenimiento del orden jurídico» (apartado III).

Por tanto, la devolución –entre cuyos supuestos se incluye el intento de entrada ilegal–, en cuanto acto administrativo de restablecimiento del orden jurídico perturbado, no es fruto de la manifestación del *ius puniendi* del Estado, y no respondería, en consecuencia, a los cánones de la sanción administrativa, lo cual sí sucede en el ámbito de la expulsión. Esta precisión es importante, y sobre ella el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones[1494], entre las que destacamos la citada STC 17/2013, a la cual ya nos hemos referido.

Según el Informe del Defensor del Pueblo, antes citado, la devolución carece del carácter de una verdadera sanción administrativa. En este sentido, se afirma que:

«La devolución pretende paralizar la consumación o evitar la contravención del ordenamiento jurídico de extranjería, sin necesidad de incoar un expediente de expulsión. A diferencia de esta, la devolución no es, en sentido jurídico-técnico, una sanción, sino una medida gubernativa de reacción inmediata frente a una perturbación del orden jurídico, articulada a través de un cauce flexible y rápido»[1495].

Por su parte, las decisiones de nuestros Tribunales niegan, con carácter general, la naturaleza sancionadora de la figura de la devolución y, consecuentemente, la aplicación de los principios y garantías del Derecho sancionador. La STSJ de Andalucía (Málaga) de 15 de abril de 2011 sintetiza esta doctrina general cuando afirma que:

«La devolución (y la prohibición de entrada) es una resolución que se dicta como consecuencia jurídica reglada de la constatación administrativa del incumplimiento de requisitos legales para el ejercicio del derecho de entrada en el territorio nacional, no concurriendo en ella la función represiva, retributiva o de castigo propia de las sanciones. Dicha resolución administrativa constata la inexistencia de un derecho por falta de sus requisitos y prohíbe, en consecuencia, su ejercicio, pero no suprime o restringe derechos pertenecientes a su destinatario como consecuencia de un ilícito» (FJ 3º).

En función de tal aseveración, la referida sentencia establece lo siguiente:

«La innecesariedad de tramitar cualquier tipo de expediente para acordar la devolución se justifica además, como señala el Sr. Abogado del Estado, por el hecho de que en caso contrario se vaciarían de contenido los artículos citados que establecen que «no será preciso expediente de expulsión para la devolución…» y se truncaría la finalidad que con ello se persigue», por lo que «la supuesta indefensión que presuntamente aprecia la sentencia de instancia al considerar la

[1494] Véase, por ejemplo, la STC 276/2000, de 16 de noviembre.
[1495] DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe sobre Asistencia Jurídica de los Extranjeros…, op.cit.,* p. 94.

prohibición de entrada como una sanción, y en consecuencia, necesariamente sujeta en su adopción a la tramitación de un procedimiento, distinto del de expulsión, pero que garantice el derecho del imputado a ser informado de la acusación, a la audiencia y a la defensa, no puede ser acogida» (FJ 3º).

Para la STSJ de Andalucía (Málaga) de 28 de marzo de 2011, la devolución se trata de una medida de alejamiento inmediato, añadiendo que «hay, pues, una explícita calificación de la devolución y de la prohibición de entrada como medidas restrictivas de derechos». Asimismo, sostiene que:

«Sin embargo, lo cierto es que, en cuanto a la devolución, parece evidente que no se trata de medida de naturaleza sancionadora, sino tendente a restablecer la legalidad alterada —mediante restitución del ciudadano extranjero al país de procedencia—, lo que explica la no necesidad de expediente de expulsión, ni en suma de trámite al que deban trasladarse las exigencias del art. 24 CE — Porque no se trata de procedimiento sancionador, sino del dirigido a constatar el cumplimiento de requisitos que para entrada en España se establecen, o dicho de otra manera, procedimiento de ejercicio de las funciones de policía de fronteras» (FJ 2º).

La sentencia parece querer llegar más allá, al afirmar en definitiva que «tampoco es claro que la devolución pueda considerarse como medida restrictiva de derechos».

Este mismo criterio ha sido sostenido por otras Salas, donde se han deslizado también las consecuencias de tal argumentación. Así, la STSJ de Murcia de 24 de junio de 2011, concluye lo siguiente:

«Deben rechazarse los defectos formales aducidos por la parte actora teniendo en cuenta que no se trata de un expediente sancionador sino de un expediente de devolución inmediata de un extranjero a su país de origen cuando se encuentra en España. Procede por tanto rechazar como defecto la falta de identificación del instructor y secretario del expediente, y ello porque no hay propiamente un expediente administrativo sancionador…» (FJ 2º).

C. Devolución y prohibición de entrada

1. El carácter sancionatorio de la prohibición de entrada

En el caso de la prohibición de entrada, la postura del Tribunal Supremo es distinta, ya que en su Sentencia de 25 de mayo de 2004 afirma que «una prohibición de entrada en territorio español, tiene una evidente naturaleza sancionadora, donde la audiencia del interesado alcanza el valor de trámite esencial» (FJ 5º). Ese distinto tratamiento debe ser, a juicio del TSJ de Andalucía (sede en Málaga), y de conformidad con los artículos 20.2 LOEX y 105.c) CE:

«El de la inexcusable audiencia del interesado, antes de acordarse dicha consecuencia desfavorable, hermenéutica ésta que no se opone al artículo 58.2 LO 4/2000 , al decir lo visto de que "..no será preciso expediente de expulsión para la devolución..", toda vez que el precepto se refiere, textualmente, a los supuestos de devolución que se contemplan, mientras que el artículo 58.6, en cuanto aquí interesa, lo que dispone es que "..toda devolución acordada en aplicación del párrafo b) del mismo apartado de este artículo llevará consigo la prohibición de entrada..", y "..conllevará.." o "..llevará consigo..", lo que no significa necesariamente que se tenga que compartir el mismo procedimiento, en sentido de excluirse también o no ser preciso el susodicho trámite de audiencia.

En lo que respecta más concretamente al supuesto del reinicio del cómputo de la prohibición, es claro que con esta medida se incrementa la que supone la originaria prohibición de entrada. Podría pensarse que, en realidad, el supuesto se extendería a aquellos casos en los que el ciudadano extranjero afectado por la prohibición no ha llegado siquiera a iniciar su cumplimiento por no haber salido del territorio nacional, por lo que el reinicio del cómputo de aquella prohibición no supondría modificación del castigo inicialmente impuesto, que no habría empezado a cumplirse. Sin embargo, esta hipótesis es realmente impensable si se considera que la medida de devolución en estos casos se impone a quienes "..habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España.." [artículo 58.2.) LO 4/2000] y, por tanto, no a quienes hayan incumplido la orden de expulsión, sino a aquellos ciudadanos que hayan desconocido "..la prohibición de entrada..", es decir, que hayan salido del territorio nacional y hayan vuelto a entrar en contra de la prohibición. Por ello, en todo caso la prohibición ha empezado a cumplirse y, por lo tanto, el reinicio de su cómputo incrementa el castigo inicial. Por lo demás, la propia palabra "..reinicio.." que la norma emplea significa volver a iniciar lo que, por tanto, ya se inició»[1496].

Este criterio resulta ser conforme con la opinión del citado Informe del Defensor del Pueblo, según la cual:

«En todo caso, asumiendo lo establecido en el Reglamento de extranjería, resulta criticable que una medida con efectos tan intensos en la esfera jurídica de los extranjeros como lo es el reinicio del cómputo del plazo, se lleve a cabo sin establecer, al mismo tiempo, un procedimiento que asegure la posibilidad de que el extranjero sea oído y se realice un expediente que respete el principio de contradicción. Sería deseable, en este sentido, establecer unas pautas normadas para garantizar la efectividad del procedimiento administrativo por el que se acuerda esta medida»[1497].

[1496] STSJ 182/2013 de Andalucía, de 25 de enero de 2013, FJ 1º (reproduciendo el texto de otra Sentencia anterior de la misma Sala, con fecha de 26 de febrero de 2010.
[1497] DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe sobre Asistencia Jurídica de los Extranjeros…, op.cit.,* p. 96.

2. La prohibición de entrada a raíz de la STC 17/2013, de 31 de enero

Dando un paso más en esta argumentación, el Parlamento Vasco planteaba un recurso de inconstitucionalidad cuestionando la nueva regulación de la devolución, ya que, entrañando unas consecuencias similares a la expulsión (prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años), no se concebía como una medida de sanción, a pesar de llevar aparejadas las mismas consecuencias que la expulsión. Ello implicaba que su adopción no requería de la incoación de un expediente administrativo sancionador, privándose así al interesado del trámite de audiencia (art. 1 apartados 31 y 34) y representando, por lo tanto, una vulneración de los arts. 105 y 24 CE.

Con esta premisa, el citado recurso viene a poner en tela de juicio la constitucionalidad del art. 58.6 LOEX, relativo a la imposición de una prohibición de entrada por un plazo máximo de tres años. En estas circunstancias, el TC, en la citada Sentencia 17/2013, lo resuelve concluyendo que:

«Del propio tenor literal del precepto, el cual afirmaba que "toda devolución (…) llevará consigo la prohibición de entrada", es posible deducir que tal prohibición de entrada no forma parte, en sí misma, de la decisión administrativa que se expresa en la orden de devolución y presenta, por ello, una naturaleza diferente, propia de una sanción administrativa impuesta como consecuencia de una concreta conducta, cual es el incumplimiento de las condiciones para la entrada y permanencia en España.

Por ello, en el examen de la queja de constitucionalidad suscitada en relación con este inciso –la vulneración del art. 24 CE, por entender que la prohibición se impone en ausencia de expediente administrativo y, por tanto, sin audiencia al interesado, que queda colocado en una situación de total indefensión– debemos tener en cuenta que es doctrina reiterada de este Tribunal que las garantías procesales establecidas en el art. 24 CE son aplicables también a los procedimientos administrativos sancionadores, en cuanto que son manifestación de la potestad punitiva del Estado, con las matizaciones que resulten de su propia naturaleza (Por todas, STC 140/2009, de 15 de junio, F. 3.)» (FJ 2º).

Como señala la referida STS de 12 de marzo de 2013, «más problemas presenta el régimen jurídico aplicable a una determinada consecuencia jurídica (la prohibición de entrada en España durante cierto tiempo, o la eventual reanudación de la ya impuesta) que incorporan las órdenes de devolución emitidas en ambos casos».

Para aclarar esta cuestión, el TC en la Sentencia 17/2013, señaló que:

«La inmediatez del supuesto de hecho que origina el procedimiento de devolución y de su consecuencia, la prohibición de entrada no significa que esta última pueda adoptarse de plano o en ausencia de todo procedimiento administrativo, pues, nada hay en la normativa aplicable que

permita llegar a esa conclusión. No obstante lo anterior, también es claro que la medida de prohibición de entrada que lleva aparejada toda devolución carece, en su condición de sanción, de la apertura y tramitación de un procedimiento contradictorio con las garantías que, conforme a nuestra doctrina, han de reconocerse en toda actividad sancionadora de la Administración.

Por ello hemos de concluir que el inciso "Asimismo, toda devolución acordada en aplicación del párrafo b) del mismo apartado de este artículo llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años" del art. 58.6 LOEx no respeta la exigencia constitucional de que toda sanción administrativa se adopte a través de un procedimiento que respete los principios esenciales reflejados en el art. 24 CE y, es, por ello, inconstitucional» (FJ 12º).

En consecuencia, el TC declara la inconstitucionalidad del inciso del art. 58.6 LOEX que atribuye a la devolución la prohibición de entrada en el territorio por tres años. Sin embargo, la sentencia constitucional deja indemne, por lo demás, el inciso inicial del mismo artículo y apartado (58.7 de la vigente Ley) a tenor del cual «la devolución acordada en el párrafo a) del apartado 3 de este artículo conllevará la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada que hubiese acordado la resolución de expulsión quebrantada».

El Tribunal Supremo es perfecto conocedor de esta doctrina, pero introduce en el debate un nuevo dato normativo, la Directiva 2008/115/CE. A partir de su contenido, y en una interpretación de la propia doctrina constitucional, el TS señala en su Sentencia de 12 de marzo de 2013, que:

«Las órdenes de prohibición de entrada en nuestro país de quienes pretendan entrar en él de modo ilegal, aun cuando tengan el carácter sancionador que el Tribunal Constitucional les ha reconocido, sólo resultan inconstitucionales, según la tesis aceptada por dicho Tribunal, si su adopción no viene precedida del procedimiento adecuado, Quiérese decir que, en sí mismas, subsisten como medidas válidas de reacción del Estado frente al intento de entrada ilegal de los extranjeros. Que dicha reacción puede no limitarse al "retorno" -en este caso devolución- del extranjero, sino también al establecimiento de una prohibición adicional de entrada durante un período temporal determinado (con las garantías que sean precisas, repetimos) es algo que, además, se deriva no ya de la legislación española sino del hecho, que hemos calificado de relevante, de la incorporación a ella de las disposiciones normativas que tienden a implantar un sistema armonizado europeo de lucha contra la emigración irregular» (FJ 6º).

Sin embargo, el Tribunal Supremo va más allá en este pronunciamiento, cuando, siguiendo la interpretación que de la citada Directiva ha realizado el TJUE, afirma que:

«La Directiva 2008/115/CE ha sido, además, interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en términos que refuerzan de modo considerable el deber de los Estados de

proceder cuanto antes a asegurar la eficacia de los procedimientos de retorno de los extranjeros en situación irregular, eficacia que implica para los Estados miembros "la obligación de llevar a cabo la expulsión, tomando todas las medidas necesarias" (sentencias de 28 de abril de 2011, asunto C-61/11 PPU ; de 6 de diciembre de 2011, asunto C-329/11 y de 6 de diciembre de 2012, asunto C-430/11). Jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, por lo demás, posiblemente obligará a modular la interpretación hasta ahora efectuada, y la aplicación de las normas legales que permiten en ciertos supuestos "elegir" entre la expulsión y la multa de los extranjeros en situación irregular.

La apelación a la Directiva 2008/115/CE y a la interpretación que de ella ha hecho el Tribunal de Justicia permite extraer de su contenido y de los términos en que se expresa su artículo 11 conclusiones que, a los efectos que aquí interesan, más bien corroboran que contradicen el carácter no necesariamente sancionador, desde la perspectiva armonizada, de las prohibiciones de entrada en el territorio de la Unión Europea (esto es, en el territorio del Estado miembro correspondiente y, por extensión, del espacio europeo). Es más, a tenor de aquel precepto la prohibición de entrada del extranjero contra el que se haya dictado una "decisión de retorno" debe necesariamente acompañar a ésta si la propia obligación de retorno no se ha cumplido o si no se ha concedido un plazo para la salida voluntaria. Y la decisión de prohibir la entrada puede (ya no debe necesariamente) acompañar a las órdenes de retorno en los demás supuestos» (FJ 7º).

Visto lo anterior, podría reabrirse el debate –que parecía medianamente encauzado, tal y como vimos en el capítulo anterior– respecto de la posibilidad de elección por la Administración, en los supuestos de extranjeros en situación irregular, entre la expulsión y la multa, si bien parece inclinarse la Sentencia a favor de la expulsión.

La lectura de los pronunciamientos que se citan, esencialmente la STJUE 6 de diciembre de 2011, no permiten a mi juicio obtener una respuesta tan rotunda. En particular, este último pronunciamiento se limita a afirmar que:

«De todo ello se desprende que, al margen de la cuestión de si la situación del demandante en el litigio principal debe considerarse la de una persona que no ha cumplido una obligación de retorno en el plazo acordado para una salida voluntaria o la de una persona sujeta a una decisión de retorno sin fijación de plazo para una salida voluntaria, dicha situación se subsume, en todo caso, en el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115 y, por tanto, genera la obligación que este artículo impone al Estado miembro interesado de adoptar todas las medidas necesarias para proceder a la expulsión, esto es, como dispone expresamente el artículo 3, punto 5, de la citada Directiva, el transporte físico del interesado fuera del Estado miembro»[1498].

Por su parte, en la Sentencia de 6 de diciembre de 2012, se limita a declarar que:

[1498] STJUE de 6 de diciembre de 2011, asunto C-329/11, *Achughbabian*, párr. 35.

«Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones primera y segunda que la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que sanciona la situación irregular de nacionales de países terceros con una pena de multa que puede ser sustituida por una pena de expulsión, y se opone a una normativa de un Estado miembro que permite sancionar la situación irregular de nacionales de países terceros con una pena de arresto domiciliario sin garantizar que la ejecución de tal pena deba finalizar tan pronto como sea posible el traslado físico del interesado fuera de dicho Estado miembro»[1499].

Ha de reconocerse que las sentencias comunitarias, por su forma y contenido, esencialmente cuando se trata de dar respuesta a cuestiones prejudiciales, pueden ser en ocasiones de difícil traslado al ámbito del Derecho interno. No obstante, y salvo una reforma legislativa que por el momento no se intuye, creo que las referidas sentencias carecen de contenido claro para modificar la actual doctrina acerca de la proporcionalidad y la motivación de las posibles consecuencias jurídicas en los casos de estancia irregular.

Por lo demás y en cuanto a los plazos de prescripción, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2013 concluye lo siguiente:

«Dado que el precepto impugnado (apartado séptimo del artículo 23) del Reglamento se limita a fijar el "plazo de prescripción de la resolución de devolución" y que estas últimas resoluciones no constituyen una modalidad de ejercicio del *ius puniendi* del Estado, no cabe aplicarles el sistema "común" de la Ley 30/1992 sobre el inicio de los plazos de prescripción fijados para las sanciones administrativas en general» (FJ 8º)[1500].

D. Protección frente a la devolución

1. Excepciones, situaciones especiales y revocación

Al igual que se prevé para la expulsión[1501], aun cuando se haya adoptado una resolución de devolución, esta no podrá llevarse a cabo y quedará en suspenso su ejecución en dos supuestos:

- Cuando se trate de mujeres embarazadas y la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre; o se trate de personas enfermas y la medida pueda suponer un riesgo para su salud.

[1499] STJUE de 6 de diciembre de 2012, asunto C-430/11, *Sagor*, párr. 47.
[1500] Véase en global, TOLOSA TRIBIÑO, C., «La devolución de extranjeros: comentario a la STS de 12 de marzo de 2013», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 33/2013.
[1501] Véase el art. 57.6 LOEX.

- Cuando se formalice una solicitud de protección internacional, hasta que se resuelva sobre la solicitud o esta no sea admitida conforme con lo dispuesto en el artículo 19.1 de la Ley 12/2009. La admisión a trámite de la solicitud de protección internacional llevará aparejada la autorización de entrada y la permanencia provisional del solicitante, situación esta que desarrollamos en profundidad en el siguiente capítulo al que nos remitimos. De esta forma, se garantiza la aplicación del principio de *non refoulement* ante situaciones de potencial peligro para la vida o la integridad física o moral de la persona migrante[1502]. No se trata de suspensión de la ejecución, sino de una simple prohibición de la tramitación de un expediente de devolución cuando la solicitud de asilo se hubiera presentado sin demora y hubiera sido admitida a trámite (en relación al art. 5 Ley 12/2009, de Asilo y el art. 31 Convención de Ginebra). La Administración no debe ejecutar las medidas de devolución cuando el extranjero haya comunicado su intención de recurrir en sede jurisdiccional la inadmisión o denegación del asilo.

Asimismo, existen personas extranjeras que, por su nacionalidad o circunstancias personales, solo pueden ser objeto de una medida de devolución contemplando ciertas condiciones.

Un primer grupo viene constituido por los ciudadanos beneficiarios de la libre circulación comunitaria. Según el art. 18 del TUE, «todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación». De ahí que el art. 4 del Real Decreto 240/2007 permita la entrada en territorio español del ciudadano de la Unión con el pasaporte o documento de identidad válido y en vigor y en el que conste la nacionalidad del titular. Por ello, el intento de entrada irregular de un ciudadano comunitario del art. 58.3 LOEX solo parece posible si previamente hubiera sido objeto de una expulsión anterior con prohibición de entrada vigente y fuera detectado intentando entrar en España, en cuyo caso podría ser devuelto. Dar cumplimiento a una prohibición de entrada constituye una razón de orden público conforme al art. 15.1.c) RD 240/2007, añadiendo este precepto que:

«Únicamente podrá adoptarse una decisión de expulsión respecto a ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o a miembros de su familia, con independencia de su nacionalidad, que

[1502] BERTOMEU NAVARRO, A., *El principio de non-refoulement…, op.cit.,* pp. 160-161.

hayan adquirido el derecho de residencia permanente en España, si existen motivos graves de orden público o seguridad pública».

Un segundo grupo es el conformado por los menores extranjeros no acompañados[1503]. Como principio general, debe rechazarse la posibilidad de que los menores no acompañados puedan ser objeto de una medida de devolución del art. 58.3.b) LOEX por «pretender entrar ilegalmente» en España, pues el procedimiento a seguir con estos menores desde su detección ha de seguir el principio de protección del interés del menor (art. 39 CE y art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño)[1504]. En este sentido, el art. 35 LOEX obliga a la Administración a hacerse cargo del menor no acompañado hasta determinar si tiene familiares en su país de origen que puedan hacerse cargo de él, algo que suele ser problemático, especialmente a la hora de localizar a la familia de los menores y proceder a su repatriación si lo reclaman, pues en caso contrario no se puede alejar a un menor respecto del cual no está asegurada la recepción familiar en mínimas condiciones, ni tampoco la repatriación para acogimiento institucional por la Administración de otro país que no pueda garantizar unas condiciones asistenciales similares a las de los servicios españoles[1505]. En cualquier caso, no cabe considerar la repatriación de menores como una medida más de alejamiento (arts. 191 a 195 RD 577/2011)[1506].

Por otro lado, podemos referirnos al supuesto del «polizonaje». Esta figura, recogida en el Convenio para Facilitar el Tráfico Marítimo Internacional de 1965, (Convenio FAL), define polizón de la siguiente forma:

«Persona oculta en un buque, o en la carga, que posteriormente se embarca en el buque, sin el consentimiento del propietario del buque o del capitán o de cualquier otra persona responsable, y a la que se detecta a bordo una vez que el buque ha salido de puerto, o en la carga

[1503] El art. 189 del RD 557/2011 se refiere a estos como aquel «… extranjero menor de dieciocho años que llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación».

[1504] Véase el capítulo II, en lo referente a la citada Convención. Véanse, además, la ya citada Observación general n.º 6 del CRC, la LOPJM, la LOEX, la Ley 12/2009; las normas de Derecho internacional dictadas en persecución del delito de trata de seres humanos y protección de las víctimas de ese ilícito tráfico; el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000; el Convenio del Consejo de Europa contra la Trata de Seres Humanos de 2005, y la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.

[1505] Recordamos también, en este punto, la Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros no Acompañados.

[1506] Véase en el capítulo anterior el apartado sobre la expulsión de menores.

durante su desembarque en el puerto de llegada, y que el capitán describe como polizón en su notificación a las autoridades pertinentes».

La figura de polizón puede aplicarse a cualquier vehículo de transporte en el que se introduzca de un modo clandestino; por tanto, la clandestinidad es aquel rasgo que lo diferencia del inmigrante ilegal, pero que lo asemeja al *boat people*[1507]. En este sentido, las personas que llegan en cayucos o pateras también entran de forma clandestina, pero podríamos decir que, a diferencia del polizón, su destino queda sometido a las autoridades del territorio en el cual es interceptado, mientras que el polizón quedará sometido a diferentes regímenes. Por ejemplo, los polizones de mar quedarán sometidos a las normas marítimas internacionales, en primer término.

En nuestra legislación, el polizón aparece tipificado penalmente en el art. 70 de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, de 22 de diciembre de 1955, y en el art. 64 de la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea, de 24 de diciembre de1964, que sancionan el embarque clandestino en buques o aeronaves comerciales con el fin de trasladarse a nuestro país con una pena de arresto mayor o multa. Sin embargo, estos delitos de tipificación preconstitucional son de escasa o nula aplicación en la práctica, pues la Administración ha acudido tradicionalmente a las Instrucciones sobre Polizonaje[1508].

Actualmente, están en vigor las Instrucciones conjuntas de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, de la Dirección General de Política Interior, y de la Dirección General de Inmigración, sobre tratamiento a polizones extranjeros, de fecha 28 de noviembre de 2007, que derogan las Instrucciones anteriores de 9 de abril de 2002 de

[1507] En definitiva, podemos definir al inmigrante irregular, como aquel que entran al territorio español desprovisto de la documentación que exigen los arts. 25 LOEX y 4 RLOEX, es decir, aquella persona que no cumple con los requisitos exigidos por la ley de un Estado. En cambio, el polizón, de acuerdo con el referido Convenio FAL, es aquel que se embarca clandestinamente en un buque. Según esta definición, solo puede aplicarse a aquellas situaciones que se dan por mar, quedando vacía de contenido las situaciones que se producen por tierra y por aire.

[1508] Véanse la Instrucción n.º 3/1998 de 1998, de la Secretaria de Estado de Seguridad, sobre tratamiento a polizones, y la Instrucción de 3 de agosto de 2000, de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, sobre la entrada ilegal de extranjeros mediante embarcaciones, cuya instrucción tercera disponía la detención e identificación por el Cuerpo Nacional de Policía de los ocupantes extranjeros de las embarcaciones interceptadas, así como la tramitación de las propuestas individualizadas de retorno (ahora devolución), ordenando el pleno respeto del trámite de audiencia así como de la motivación de tales propuestas. La Instrucción sobre el tratamiento de polizones extranjeros, de 9 de abril del 2002, en su disposición séptima recogía que «…esta petición tendrá la consideración de solicitud presentada en puesto fronterizo, y deberá tramitarse conforme a las normas al efecto, dando traslado inmediato de la misma a la Oficina de Asilo y Refugio». Especificando claramente en su apartado (b) que «si al tiempo de la salida del buque de territorio español no se hubiese dictado resolución sobre la admisión a trámite de la solicitud de asilo», «se trasladará al interesado a las dependencias que al efecto se habiliten en el puesto fronterizo», la aplicación de esta situación produciría el desembarque del polizón y cesando de esa manera la responsabilidad de custodia por parte del capitán. Esta última fue modificada por la Instrucción de la Dirección General de Política Interior, de 14 de julio de 2005, sobre aspectos procedimentales ligados al posible ejercicio del Derecho de Asilo por polizones extranjeros.

la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración. La situación de esta persona quedará a merced del capitán, máximo responsable dentro del buque. Es decir, cuando un polizón marítimo es interceptado su libertad dependerá del capitán o de la bandera del buque.

El 28 de febrero de 2019, el Defensor del Pueblo formuló una recomendación al Ministerio del Interior para incluir en las citadas Instrucciones la obligación de comunicar «por escrito a la autoridad portuaria la presencia de solicitantes de asilo en el interior de buques que estén en aguas jurisdiccionales españolas» y recordar el deber de comunicar a la autoridad portuaria «su obligación de no autorizar la salida del barco hasta que la Oficina de Asilo y Refugio (OAR) se pronuncie sobre los expedientes de estas personas», ya que entre los derechos que les corresponden se incluye el de permanecer en territorio o en aguas españolas mientras se resuelve su solicitud[1509].

En el punto séptimo de las Instrucciones se abordan estas cuestiones de manera detallada, estableciendo cómo se ha de proceder en los casos en que el polizón solicite asilo. La solicitud se tendrá por presentada en puesto fronterizo y se tramitará de conformidad con lo dispuesto en la Ley reguladora del derecho de asilo y refugio. Si el plazo de tramitación es inferior al tiempo que el buque tiene previsto permanecer en puertos españoles, «el polizón permanecerá en el buque bajo la responsabilidad del capitán». En cambio, si la salida prevista del buque es inferior al plazo para la tramitación, el polizón será desembarcado y alojado en las dependencias que se hayan habilitado en el puesto transfronterizo a tal efecto, hasta que se decida sobre la admisión a trámite de la solicitud[1510].

2. Protección a través de la revocación de la orden de devolución

Al igual que en la expulsión, es posible la revocación de la orden de devolución cuando en el marco de un procedimiento relativo a autorizaciones de residencia por

[1509] Véase DEFENSOR DEL PUEBLO, «El Defensor del Pueblo recomienda al Ministerio del Interior modificar las instrucciones sobre polizones extranjeros para proteger a posibles solicitantes de asilo», *Defensor del Pueblo*, 28 de febrero de 2019. Disponible en https://www.defensordelpueblo.es/noticias/solicitantes-asilo-buques/ [consulta: 06-06-2023]. "La recomendación tuvo lugar tras la denuncia de un caso de diciembre de 2017 en el que dos ciudadanos que declararon ser de origen sirio y palestino llegaron como polizones al puerto de Marín, en el cual formalizaron una petición de asilo político en España. El barco, sin embargo, zarpó con ellos a bordo sin esperar a que se resolviese su demanda. Lo más grave es que, desde ese momento, los solicitantes no han podido ser localizados nunca más ni se ha sabido si fueron desembarcados y dónde. La OAR admitió a trámite sus solicitudes con la nave en alta mar, pero estas dos personas ya no han podido beneficiarse".

[1510] La Instrucción señala que si el puesto fronterizo careciese de estas dependencias se le asignará residencia obligatoria. Debemos tener en cuenta que los preceptos a los cuales se refiere la Instrucción, en cuanto a la Ley de asilo, han quedado derogados y, por tanto, a partir del 31 de octubre de 2009, los casos de polizones solicitantes de asilo deberán ser resueltos de acuerdo a Ley 12/2009.

circunstancias excepcionales se comprobase que consta contra el solicitante una resolución de devolución no ejecutada. De acuerdo al art. 23.8 RLOEX:

«Esta será revocada siempre que del análisis de la solicitud derive la procedencia de la concesión de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales.

En caso de que el órgano competente para resolver sobre la solicitud de autorización no fuera el mismo que dictó la resolución de devolución a revocar, instará de oficio su revocación al órgano competente para ello. En el escrito por el que se inste la revocación se hará constar el tipo de autorización solicitada y expresa mención a la procedencia de la concesión de la misma, por cumplimiento de los requisitos exigibles para ello, salvo el relativo a la existencia de la resolución de devolución no ejecutada».

III. PROCEDIMIENTO PARA LLEVAR A CABO LA DEVOLUCIÓN

A. Fundamento del procedimiento

Tal y como señala el Tribunal Constitucional en su Sentencia 17/2013:

«La devolución pretende evitar la contravención del ordenamiento jurídico de extranjería, por lo que no comporta en sí misma una sanción sino una medida gubernativa de reacción inmediata frente a una perturbación del orden jurídico, articulada a través de un cauce flexible y rápido» (FJ 12º).

Se trata, pues, de una medida que se acuerda por el Estado en el marco de su política de extranjería.

El procedimiento administrativo de devolución consta de dos fases distintas, marcadas por la orden de devolución: la fase declarativa y la fase ejecutiva. De acuerdo a Rodríguez Candela y García España, la expresión «no será preciso expediente de expulsión» del art. 58.3 LOEX debe entenderse como una prohibición de «expediente de expulsión», pero no de la apertura de un específico «expediente de devolución», y una resolución de devolución (art. 23.3 RLOEX)[1511].

Aunque la norma no recoge ninguna previsión expresa sobre las características del procedimiento administrativo de devolución, la interpretación del 58.3 de conformidad con la Constitución, y muy especialmente con su art. 105.c) CE, conduce a la conclusión de que no es posible adoptar una resolución administrativa de devolución

[1511] RODRÍGUEZ CANDELA, J.L. y GARCÍA ESPAÑA, E., …, *op.cit.*, pp. 1338-1350.

sin ampararse en procedimiento administrativo, que lo legitime, tal y como establecía la STS de 11 de abril de 1995[1512].

Hemos visto que la norma en el precepto referido prevé dos supuestos de aplicación de esta medida.

El primer supuesto de devolución afecta a los extranjeros que previamente han sido expulsados, y han contravenido la prohibición de entrada en territorio español como consecuencia de dicha expulsión. En este caso, el extranjero podrá ser interceptado tanto en la frontera o sus inmediaciones como dentro del propio territorio. Tal y como expusimos, no debe confundirse con la denegación de entrada, que se realiza con el conocimiento de las autoridades en frontera respecto a la intención de entrar en el territorio y que no es objeto de ningún tipo de sanción. Aquí nos encontraríamos con una ejecución forzosa de un acto administrativo previo que consiste en la prohibición de entrada, como sanción accesoria de la sanción de expulsión. El art. 58.7 LOEX establece la consecuencia, con el reinicio del cómputo del plazo de prohibición de entrada que hubiese acordado la resolución de expulsión quebrantada.

El mismo art. 58 LOEX parece indicar que la devolución será acordada por la autoridad gubernativa competente para la expulsión sin necesidad de realizar ningún procedimiento. Sin embargo, toda actuación administrativa está sometida al principio de legalidad y especialmente la potestad sancionadora. En este tipo de devolución por infracción de la prohibición de entrada, se prevé la aplicación de una nueva sanción, esto es, el inicio del cómputo de la prohibición de entrada, sin que medie el oportuno expediente administrativo sancionador en el que se pueda ejercitar adecuadamente el derecho de defensa y demás garantías previstas por el ordenamiento jurídico. Desde nuestro punto de vista, sería discutible la legalidad de esta nueva sanción que supone un nuevo cómputo sin el oportuno procedimiento sancionador.

Por otro lado, el RLOEX incluye dentro de la prohibición de entrada no solo la acordada por las autoridades españolas, sino también las decretadas por las de algún país con el que se haya suscrito un acuerdo internacional, como los del Convenio de Schengen, pues ha de considerarse «contravenida la prohibición de entrada en España cuando así conste, independientemente de si fue adoptada por las autoridades españolas o por las de alguno de los Estados con los que España tenga suscrito convenio en ese sentido» (art. 23.1.a) RLOEX).

[1512] En la STS de 11 de abril de 1995, el Tribunal Supremo declaró la vulneración de los arts. 24 CE y 19 CE ya que la Administración no permitió la defensa frente a la medida de alejamiento administrativa, de una menor sin escuchar a su madre.

Estaríamos ante la preexistencia de un expediente de expulsión cuya resolución ha sido vulnerada o, en palabras del Tribunal Supremo, se trata de la ejecución forzosa de una resolución anterior. Según nuestro Alto Tribunal, la devolución, cuando se incumple la orden de expulsión y la prohibición de entrada en territorio español, es una «manifestación de la propia ejecutividad del acto administrativo incumplido, no teniendo sustantividad propia como para justificar un nuevo procedimiento ni pudiendo ser calificada, tampoco, como un procedimiento sancionador»[1513]. Se trata, en suma, de la «ejecución del mismo acto de expulsión, acordado con todas las garantías y cuya ejecución forzosa, ante el incumplimiento del actor, procede a llevar a la práctica mediante el acuerdo» de devolución[1514], y no de una «"sanción" adicional, autónoma, sino del mero cumplimiento de una orden preexistente cuya eficacia permanece inalterada»[1515].

En este caso, la intervención policial puede iniciarse tanto en las zonas fronterizas o limítrofes con otros países, como en el resto del territorio español y durante todo el período en que la prohibición de entrada siga vigente. Las formas de detección policial de estos extranjeros son variadas y, en lo esencial, coincidentes con las vías de detección de extranjeros en situación irregular, siendo la más habitual la detección tras una solicitud de identificación en un control policial rutinario o extraordinario (son las conocidas como «identificaciones en la calle»).

El problema es que en este tipo de identificaciones el fundamento de la solicitud de identificación puede ser muy débil o basado en rasgos étnicos, raciales, culturales o religiosos, lo cual plantea graves problemas constitucionales como demuestra la STC 13/2001, de 29 de enero, en la que aceptaba las características raciales como fundamento razonable para presumir la condición extranjera de determinadas personas y proceder a su identificación[1516]. Sin embargo, entendemos que las características raciales por sí mismas no demuestran la situación irregular del extranjero, que es el objeto de la investigación y el fundamento último de la legalidad de la solicitud de identificación. Además de entender que la solicitud de identificación afecta a la dignidad de la persona y al derecho a no sufrir tratos discriminatorios, como expuso el Magistrado Julio Diego González Campos en su voto particular, al afirmar que deben rechazarse este tipo de criterios para identificar extranjeros en situación irregular, tal y como la jurisprudencia francesa ha venido también sosteniendo[1517].

[1513] STS de 14 de noviembre de 2001, FJ 2º.
[1514] *Ibid.*
[1515] STS de 12 de marzo de 2013, FJ 3º.
[1516] De la STC 174/1999, de 27 de diciembre, parecía derivarse una autorización implícita a la Administración para solicitar la identificación y detener a los extranjeros sospechosos de la comisión de alguna infracción de extranjería, aunque la Sentencia no entró a analizar expresamente este extremo.
[1517] Con el fin de evitar que rasgos físicos o el empleo de lenguas extranjeras en conversaciones privadas pudieran provocar controles de identidad y alentar posiciones discriminatorias, el *Conseil Constitutionnel* exigió para la práctica de solicitudes de identificación una fundamentación basada exclusivamente en

El segundo supuesto de devolución se aplica a los extranjeros que pretenden entrar ilegalmente en el país. Si interpretamos «pretender entrar» como un estadio anterior al hecho de haber entrado en el país, quien ya ha penetrado en el país no puede ser devuelto, sino expulsado con una serie de garantías. El problema se centraría en determinar cuándo se produce la efectiva entrada en territorio español, con dos posibles opciones: entender que se refiere a quien ha llegado a alcanzar el territorio nacional, o bien, entender que es preciso algo más como un mínimo de integración en el territorio.

La distinción entre «pretender entrar» y «haber entrado» en territorio español según se haya alcanzado o no el mismo, como base de la diferenciación entre devolución y expulsión, choca con la noción de territorio empleada por la LOEX. En donde el concepto de entrada en España difiere de la noción política de territorio, se dificulta fijar con claridad el momento de entrada. Y más si se incluyen los interceptados en la frontera y en sus inmediaciones, lo que incumbe a los extranjeros que pretenden entrar por vía terrestre, en el momento de pasar la línea fronteriza, por vía marítima, al desembarcar, o por vía aérea, cuando aterrizan. En los dos últimos casos, aunque previamente hayan entrado en el ámbito de la soberanía nacional, debido a la consideración como tal del mar territorial o del espacio aéreo, realmente no se hace efectiva la entrada en el país en tanto no se introducen en suelo español. Así lo ha entendido también el TS en Sentencia de 13 de octubre de 2003, al resaltar, por un lado, que la expresión «los que pretendan entrar ilegalmente en el país», se refiere a la «mera tentativa de entrada» y, por otro lado, que la referencia a la entrada «utiliza un concepto -país- sin contenido jurídico propio que, estima la Sala no hace referencia ni al espacio aéreo ni a las aguas interiores al mar territorial adyacente a las costas, delimitado como mar territorial, comprendiendo tan sólo el espacio de tierra firme del territorio nacional» (FJ 3º). Tanto accede quien no ha llegado a desembarcar y se encuentra en aguas españolas (art. 1 de la Ley 10/1977, de 4 de enero, sobre mar territorial), como quien desembarca y es sorprendido en dicho acto, como quien es sorprendido tras haberse alejado varios kilómetros del punto de desembarco. En todos estos casos si fuere sorprendido el extranjero procedería su devolución.

Por tanto, la vía de devolución solo sería aplicable a los casos de ser sorprendidos cuando pretenden entrar, si es vía terrestre, en el momento de pasar la línea fronteriza; si se trata de vía marítima, en el momento de desembarcar y en caso de vía aérea, en el momento de aterrizar, puesto que en estos dos últimos casos, aunque previamente hayan entrado en territorio sometido a la soberanía nacional –debido al mar territorial o espacio aéreo– realmente no se hace efectiva la entrada en el «país» en tanto no se introduzcan en suelo español.

«criterios objetivos no discriminatorios» (*Décision du Conseil Constitutionnel* n.º 93-323 DC, de 7 de agosto de 1993).

Es importante, tal y como señala Moya Malapeira que en este caso «los extranjeros sean detectados por la policía en el momento de comisión de la entrada ilegal, porque la detección e intervención policial debe producirse antes de que la entrada se haya consumado, es decir, en el momento mismo de su comisión, lo que en el Derecho penal se conoce como "flagrancia"»[1518]. En todo caso, estaríamos ante un supuesto que tampoco tiene carácter sancionador[1519]. Para este supuesto, el art. 23.2 RLOEX entiende que:

«Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado encargadas de la custodia de costas y fronteras que hayan interceptado a los extranjeros que pretenden entrar ilegalmente en España los conducirán con la mayor brevedad posible a la correspondiente comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, para que pueda procederse a su identificación y, en su caso, a su devolución».

B. Características del procedimiento

La característica más relevante del procedimiento de la devolución es, en primer lugar, que, en las dos hipótesis reseñadas, «no será preciso expediente de expulsión» (artículo 58.3 LOEX). Esto no quiere decir que se excluya la necesidad de motivación ni que se dicte conforme a otros cauces procedimentales, ni exime de realizar determinadas actuaciones, más reducidas, pero no por ello inexistentes. Además, la propia expresión «no será preciso» tampoco impide que, aparte de esas actuaciones imprescindibles, se acuerde la tramitación de un expediente más completo si las circunstancias lo aconsejan. Esta interpretación también resulta del RLOEX, que excluye el expediente de expulsión en virtud de resolución del Subdelegado del Gobierno o del Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales. El propio Reglamento reconoce que en su art. 23.4 que en caso de recurso o acción contra la orden de devolución se hará «constar en acta que se incorporará la expediente».

Aun cuando conste de tan solo la declaración del extranjero objeto de devolución, se garantiza el derecho de audiencia donde el interesado podrá manifestar circunstancias tales como:

a) Una posible suspensión de la devolución por parte de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
b) Una sentencia donde los tribunales contenciosos hayan revocado la devolución.

[1518] Véase MOYA MALAPEIRA, D., «La devolución de extranjeros en el ordenamiento jurídico español», *op.cit.* El concepto de «flagrancia» es uno de los criterios empleados por la Consulta 1/2001 de la FGE, ya citada.
[1519] STS de 12 de marzo de 2013, citada.

c) La posibilidad de acogerse a un período de regularización o cualesquiera otros donde exista una «amnistía» para los expulsados por determinados motivos.
d) Circunstancias en que la propia normativa de extranjería autoriza la entrada en España con documentación defectuosa o incluso sin ella (art. 4.2 RLOEX).
e) Que reúne la condición de asilado, teniendo un mes el peticionario para presentar la solicitud.

En estos casos, antes de adoptar la devolución de las personas que hayan entrado irregularmente o hayan infringido la prohibición de entrada, sería necesario oír a los interesados para que puedan hacer alegaciones, lo que conduciría a la no devolución automática del extranjero en tales circunstancias.

Asimismo, se contempla la compatibilidad de la devolución con lo dispuesto en el artículo 22 LOEX, que otorga a los extranjeros el derecho a la asistencia jurídica gratuita «en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a (...) su devolución». De ahí que también el art. 23.3 RLOEX prevea que se otorguen al extranjero «los derechos» a la asistencia jurídica, así como a la asistencia de intérprete, que serán gratuitas si el interesado carece de recursos económicos suficientes.

La omisión del trámite de audiencia debería comportar la nulidad de la orden de devolución por ausencia de los trámites esenciales del procedimiento y por provocar la indefensión del extranjero[1520]. Ello por el siguiente motivo:

«En este trámite pueden ponerse de manifiesto circunstancias tan relevantes como la suspensión o revocación de la orden de expulsión en que se basaba la prohibición de entrada por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa o por la propia Administración, la solicitud de un permiso de residencia y/o trabajo durante un período de regularización extraordinaria, la presentación de una solicitud de asilo o la existencia de razones humanitarias o de derechos fundamentales que puedan suspender o archivar el expediente de devolución»[1521].

[1520] El Tribunal Constitucional ha circunscrito la omisión del trámite de audiencia en el procedimiento administrativo como vulneración del art. 24 CE a los procedimientos sancionadores, lo cual permite también extenderlo a los procedimientos limitativos de derechos (véase el ATC 275/88). Requero Ibáñez ha reconocido la esencialidad del trámite de alegaciones o audiencia para las expulsiones sumarias, razonamiento que se puede extender también a la devolución. Véase REQUERO IBÁÑEZ, J.L., *Extranjería y refugio: práctica contencioso administrativa*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997, p. 124.

[1521] La STS de 31 de marzo de 1998 impidió una expulsión por haberse acogido a un proceso de regularización, aunque las STS de 18 de marzo de 1998 y STS de 5 de diciembre de 1998 no hayan confirmado esta interpretación. Por otro lado, el matrimonio con español es una causa de revocación de la expulsión y debería serlo también para la devolución, tal y como ha establecido las STS de 7 de julio de 1998 y STS de 24 de enero de 1999, aunque la STSJ de Andalucía (Málaga) de 22 de octubre de 1997 no lo haya considerado así.

Tal y como afirmaba la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, la devolución de los extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en el país prevista en el art. 58.3 LOEX «no es una sanción sino un acto de protección del orden jurídico, por lo que no requiere el trámite de audiencia y defensa propio de un expediente sancionador»[1522]. Pero, aunque resulte suficiente una actuación más mediata que proceda a su devolución al lugar de donde inicialmente provenga, con el fin de restaurar el orden jurídico que ha sido quebrantado, ello no significa excluir la aplicación de un procedimiento expedito que conlleve las garantías legales necesarias; por tanto, respetando los principios de publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones.

Asimismo, destaca que la única norma procedimental recogida en la Ley Orgánica consiste en que la devolución será acordada por la autoridad gubernativa competente para la expulsión (artículo 58.5 LOEX). Sin embargo, eso no significa que no intervenga nunca la autoridad judicial, sino que solo va a hacerlo si la devolución no se puede ejecutar en el plazo de setenta y dos horas, en cuyo caso hay que recabar del Juez la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión (artículo 58.6 LOEX). Sin perjuicio, por supuesto, del control contencioso-administrativo de las resoluciones en las que se acuerde la devolución, así como de la posibilidad de, en su caso, *el habeas corpus*. Sobre este aspecto, el Tribunal Constitucional consideró en un caso en el que se había solicitado el asilo, que, aunque la decisión sobre la devolución del extranjero a su país corresponde al órgano gubernativo:

«Ello no significa que la decisión sobre el mantenimiento o no de la privación de libertad, cuando su legalidad sea cuestionada a través del procedimiento de *habeas corpus*, (…) haya de quedar en manos de la Administración. Por el contrario, el órgano judicial ha de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso»[1523].

Se entienden por tales circunstancias, entre otros aspectos, a la causa de expulsión invocada, a la situación legal del extranjero o a cualquier otra que el Juez estime relevante para su decisión, por más que la revisión del acto de devolución corresponda a la jurisdicción contencioso-administrativa[1524].

Ahora bien, incluso cuando se trate de un procedimiento sumario, cabría plantearse la procedencia de la audiencia al interesado antes de acordar la medida, especialmente cuando la devolución obedece a que se pretende entrar ilegalmente, pues, en el otro supuesto, ya se ha indicado que el Tribunal Supremo considera suficiente la

[1522] Véase la STSJ 1761/2019 de Canarias, 1 de marzo de 2019, FJ 4º.
[1523] STC 12/1994, de 17 de enero, FJ 5º, citando la STC 144/1990, de 26 de septiembre.
[1524] *Ibid.*

audiencia concedida en el procedimiento que desembocó en la quebrantada resolución de expulsión con prohibición de entrada.

IV. EFECTOS DE LA DEVOLUCIÓN

A. Prohibición de entrada y salida obligatoria

Un efecto general asociado a la devolución tiene que ver con la prohibición de entrada en el territorio nacional, ya que, como se vio en el capítulo anterior, toda expulsión conlleva la prohibición de entrada en territorio español por un periodo mínimo de tres años y máximo de diez. Pues bien, hay que distinguir los dos supuestos en los que puede tener lugar la devolución.

Si obedece a que se ha contravenido la preexistente prohibición de entrada en España, adoptada por las autoridades españolas, por parte de quienes han sido expulsados con anterioridad, se reinicia el cómputo del plazo de prohibición que hubiese acordado la resolución de expulsión quebrantada.

Sin embargo, si la devolución tiene por causa la pretensión de entrada ilegal, que llevaba anudada la prohibición de entrada por un plazo máximo de tres años (artículo 58.7 LOEX), ha sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional en la citada Sentencia 17/2013, de 31 de enero, por implicar una sanción que se impone sin respetar las específicas garantías exigibles, en concreto, la apertura y tramitación de un procedimiento contradictorio con las cautelas que han de reconocerse en toda la actividad sancionadora de la Administración, ya que la prohibición de entrada no forma parte, en sí misma, de la decisión administrativa que se expresa en la orden de devolución, presentando una naturaleza diferente, propia de una sanción impuesta como consecuencia de una concreta conducta.

Por lo demás, la devolución, como la expulsión, constituye un supuesto de salida obligatoria del país (artículo 28.3.b LOEX). Con la regulación actual, no se contempla de manera evidente la posibilidad de salida voluntaria en caso de orden de devolución. Lo único que dicen los arts. 58.6 LOEX y art. 23.4 RLOEX es que cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de 72 horas, se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión.

Tal y como entiende Moya Malapeira, la consideración de las condiciones para la ejecución voluntaria corresponde a la Autoridad gubernativa, pero la valoración de las mismas corresponde a los agentes encargados de controlar al extranjero, «de manera que puedan apreciar la imposibilidad sobrevenida de la ejecución voluntaria o el

incumplimiento de los requisitos de "inmediatez" y "sumisión al control policial"»[1525]. Cabe recordar que la ejecución voluntaria de la devolución es mucho menos lesiva para los derechos del extranjero que la ejecución forzosa.

Centrándonos ahora en el acuerdo de devolución, este produce los siguientes efectos: la detención del extranjero, la salida obligatoria, la prohibición de entrada en España y, en algunos casos, el internamiento. El extranjero sobre el que recaerá la medida de devolución es detenido, comunicándose esta circunstancia –y, en su caso, la medida de internamiento– al consulado correspondiente, o cuando no se pueda notificar al consulado o no radique en España, al Ministerio de Asuntos Exteriores.

Una vez acordada la devolución tiene la obligación de salir del territorio. Según dispone el art. 24.1 RLOEX:

«La resolución administrativa dictada al efecto contendrá la advertencia al interesado de la obligatoriedad de su salida del país, sin perjuicio de que, igualmente, se materialice dicha advertencia mediante diligencia en el pasaporte o documento análogo o en documento aparte, si se encontrase en España amparado en documento de identidad en el que no se pueda estampar dicha diligencia».

Sin embargo, en el supuesto de que se formalice una solicitud de protección internacional por personas que se encuentren en alguno de los supuestos de devolución, no podrá llevarse a cabo la devolución hasta que se haya decidido la inadmisión a trámite de la petición, de conformidad con la normativa de protección internacional. Tampoco podrán ser devueltas las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre (art. 23.6 RLOEX).

Por último, el art. 23.8 RLOEX dispone lo siguiente:

«Cuando en el marco de un procedimiento relativo a autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales, se comprobase que consta contra el solicitante una resolución de devolución no ejecutada, ésta será revocada, siempre que del análisis de la solicitud derive la procedencia de la concesión de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales.

En caso de que el órgano competente para resolver sobre la solicitud de autorización no fuera el mismo que dictó la resolución de devolución a revocar, instará de oficio su revocación al órgano competente para ello. En el escrito por el que se inste la revocación se hará constar el tipo de autorización solicitada y expresa mención a la procedencia de la concesión de la misma, por cumplimiento de los requisitos exigibles para ello, salvo el relativo a la existencia de la resolución de devolución no ejecutada»[1526].

[1525] MOYA MALAPEIRA, D., «La devolución de extranjeros en el ordenamiento jurídico español», *op.cit.*
[1526] Véase FERNÁNDEZ PÉREZ, A., *La regulación de las devoluciones…, op.cit.*, pp. 30-32.

B. Ejecución forzosa de la salida en caso de devolución

Antes de autorizar la ejecución forzosa, la autoridad gubernativa puede aplazar, suspender o rechazar esta forma de ejecución en tres supuestos: primero, cuando no concurran los requisitos exigidos para la ejecución forzosa; segundo, cuando la devolución no pueda realizarse materialmente por falta de presupuesto, desconocimiento de la nacionalidad del extranjero, ausencia de medios materiales, o cualquier otra causa, como puede ser el cierre de fronteras a consecuencia de una pandemia; tercero, cuando el alejamiento del extranjero entrañe una vulneración de sus derechos fundamentales o un peligro para los mismos, por ejemplo, en el caso de que sufra una enfermedad grave, se encuentre en avanzado estado de gestación o haya presentado una solicitud de asilo (art. 58.4 LOEX y art.23.6 RLOEX)[1527].

Por consiguiente, para proceder a la ejecución forzosa de la devolución es necesario, en primer lugar, que la obligación de salida de España haya sido personalizada con expresa determinación de las condiciones, plazo y forma de la misma por la orden de devolución; en segundo lugar, que la resolución administrativa haya sido válidamente notificada al extranjero; en tercer lugar, que el deber de salida del territorio nacional sea válido y eficaz[1528]; y en cuarto y último lugar, que el extranjero haya sido apercibido previamente de la posibilidad de ejecutar forzosamente la orden de devolución del individuo[1529].

La autorización de la ejecución forzosa es una resolución escrita que debe contener, como mínimo, el país de destino al que se aleja al extranjero, el grado de coacción administrativa necesario para el caso concreto en atención a circunstancias como el riesgo de huida, el comportamiento durante el procedimiento, la edad, el sexo, la situación personal del extranjero, etc., y si fuera necesaria, una autorización judicial para emplear determinadas técnicas coactivas. La autorización tiene un contenido materialmente distinto a la Orden devolución y, en general, deberá adoptarse con posterioridad a la misma, aunque en la práctica la autoridad gubernativa automatiza la ejecución forzosa de la expulsión mediante habilitaciones genéricas a la policía.

[1527] Sobre la protección de los derechos de los extranjeros por el CEDH en estos casos véanse las SSTEDH de 7 de septiembre de 1998, *B.B c. Francia*; de 2 de mayo de 1997, *D c. Reino Unido*; de 7 de julio de 1989, Soering c. Reino Unido o las SSTEDH de 23 de febrero de 1999, *Andric c. Suecia, Majic c. Suecia, Pavlovic c. Suecia, Maric c. Suecia, Andrijic c. Suecia, Juric c. Suecia, Pranjko c. Suecia.*

[1528] Se excluiría la posibilidad de ejecutar forzosamente aquellas órdenes que hayan sido suspendidas cautelarmente por la autoridad judicial, o sobre las que se hayan solicitado medidas cautelares sobre las que el Tribunal no se haya pronunciado (STC 78/1996, de 20 de mayo). Véase LAFUENTE BENACHES, M., *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la Administración*, Tecnos, Madrid, 1992.

[1529] MOYA MALAPEIRA, D., «La devolución de extranjeros en el ordenamiento jurídico español», *op.cit.*, p. 41.

C. La detención preventiva y la ejecución forzosa de una orden de devolución

Una cuestión que ha causado abundante jurisprudencia ha sido que la devolución implica, en la mayoría de las ocasiones, la detención del extranjero. Al igual que en la tramitación del procedimiento de expulsión, los extranjeros incursos en un procedimiento administrativo de devolución tendrán los mismos derechos que cualquier persona detenida. Así, en primer lugar, sería aplicable el derecho de asistencia jurídica gratuita establecido en el art. 119 CE que se reconoce a todos los extranjeros que se hallen en territorio español, siendo un derecho instrumental respecto al derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el art. 24.1 CE. Asimismo, deberán ser informados de sus derechos desde el momento de su detención.

La realización efectiva del derecho de defensa requiere proporcionar asistencia letrada real y efectiva e incluye la entrevista reservada del abogado con el detenido. De igual modo, le corresponde la asistencia gratuita de intérprete si no comprende o habla el castellano.

En todo caso, los extranjeros podrán, durante la situación de privación de libertad, manifestar su voluntad de interponer recurso contencioso-administrativo o ejercitar la acción correspondiente contra la resolución de devolución una vez agotada la vía administrativa[1530].

La situación de detención ha generado numerosos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, como la Sentencia 174/1999, de 27 de septiembre, entendiendo que la ejecución forzosa de una orden de devolución por incumplimiento de la prohibición de entrada en territorio español impuesta a un extranjero mediante una previa resolución administrativa, legitima un estado de compulsión; medida a la que no le resulta necesariamente de aplicación el límite temporal de setenta y dos horas previsto en el artículo 17.2 de la Constitución[1531]. La consiguiente privación de libertad tiene, por tanto, una finalidad lícita, cual es impedir la entrada ilegal en España de un extranjero; supuesto expresamente previsto en el artículo 5.1 f) del Convenio Europeo de Derechos Humanos como uno de los casos en los que, en principio, se puede acordar una medida privativa de libertad.

[1530] FERNÁNDEZ PÉREZ, A., *La regulación de las devoluciones…, op.cit.*, p. 25.

[1531] Véase la STC 174/1999, de 27 de septiembre.

Es claro que la ejecución forzosa de una orden de devolución solo puede tener lugar mediante «la sujeción y conducción física del sujeto hasta su salida del territorio nacional», debiendo «practicarse sin dilación, pero no necesariamente con el límite máximo de setenta y dos horas», de acuerdo a lo que dispone el TC en la citada Sentencia. Aquí, por tanto, existiría la diferencia con respecto a la detención preventiva.

Así, en este mismo pronunciamiento, entiende el TC que «si practicada una detención preventiva fuera dictada y notificada una "orden de devolución" tendríamos por concluida la situación de detención preventiva e iniciada la de ejecución forzosa de una resolución administrativa de "devolución"». Sin embargo, si la situación de compulsión personal en la «zona de rechazados» o «de tránsito» del aeropuerto, por ejemplo, no viene precedida de una orden de expulsión o devolución, «la situación solo puede calificarse de detención preventiva, aplicándose en consecuencia el límite máximo de setenta y dos horas contadas desde el inicio de la situación de privación de libertad».

Entiende el TC lo siguiente:

«La libertad de salida a otros países desde la "zona de rechazados" (…) no evita la existencia de una "situación fáctica" de detención preventiva con respecto al resto del territorio español. Pues lo relevante aquí es la limitación de movimientos del extranjero, sin ningún título jurídico que lo legitime, a un único espacio limitado y cerrado de territorio español. Por último, el que los extranjeros carezcan del derecho fundamental a circular libremente por España (…) no juridifica una "situación fáctica" de detención preventiva respecto de lo dispuesto en el art. 17.2 CE»[1532].

Ahora bien, tal como entiende la STC 179/2000, de 26 de junio, «para que esta privación de libertad respete el derecho fundamental que consagra el artículo 17.1 de la Constitución, es preciso que tenga una duración acorde con el principio de limitación temporal que se induce del apartado 2 del mencionado artículo 17 de la Constitución». Por ello, aunque no es necesario que se respete el plazo máximo de setenta y dos horas antes citado, no puede, sin embargo, «ni durar más que el tiempo que requiera adoptar las medidas necesarias que permitan ejecutar este acto administrativo», es decir, ha de prolongarse lo estrictamente necesario para proceder a la devolución del extranjero a su país de procedencia, «ni tampoco tener una duración que en sí misma quepa considerar que es muy superior a la que en condiciones normales conllevaría la ejecución del acto».

Asimismo, la ejecución forzosa de una orden de devolución «legitima un estado de compulsión en la "zona de rechazados" de un aeropuerto», pero no excluye por sí y a *limine litis* el procedimiento de *habeas corpus*, tal y como señaló el TC tanto en relación

[1532] En este punto, el Tribunal cita el ATC 55/1996, FJ 5º, así como las STC 94/1993, FJ 3º; 86/1996, FJ 2º; 115/1987, FJ 1º; 331/1993, FJ 6º A).

con las «ordenes de devolución»[1533] como por referencia a las «órdenes de expulsión»[1534]. Basa esta afirmación en la consideración del *habeas corpus* como garantía procesal aplicable a todos los supuestos de «privación de la libertad no acordada por el Juez»[1535]. De manera que ante una situación fáctica de compulsión o sujeción personal será función del Juez del *habeas corpus* comprobar si existe propiamente una «orden de devolución» o si, por no concurrir aquella resolución administrativa, se trata de una situación de detención preventiva (que a su vez podrá ser lícita o ilícita).

Cuando no pueda procederse a su devolución, en el plazo de 72 horas, la autoridad gubernativa que acuerde la detención del extranjero se dirigirá al Juez de Instrucción del lugar que hubiese sido detenido interesando el internamiento del extranjero a su disposición en centros de detención o en locales que no tengan carácter penitenciario (art. 62 LOEX). Cabe recordar que el internamiento fue objeto del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo y resuelto por el TC, en Sentencia 115/1987, de 7 de julio, que no declaró dicha inconstitucionalidad, y mantiene su vigencia en las sucesivas reformas de la LOEX. En este caso, no se cuestionaba por el Defensor del Pueblo la posibilidad de detención del extranjero, ni siquiera la medida de internamiento en cuanto tal, sino su eventual duración de hasta cuarenta días, entonces. Ahora, su duración máxima es de 60 días, es decir, superior al plazo de setenta y dos horas previsto por el art. 17.2 CE. La argumentación realizada por la Administración reflejaba que, dado que la intervención judicial en el internamiento no altera la naturaleza administrativa del procedimiento, parecía desprenderse que la medida se configuraba como privativa de libertad impuesta por la Administración, y podía conculcar, por lo tanto, el art. 25.3 CE y, en definitiva, la tutela judicial efectiva inherente a un proceso penal contradictorio, consagrada por el art. 24 CE. Los propios órganos judiciales eran reacios a homologar los internamientos interesados. La tesis del TC fue considerar que «la voluntad de la ley y desde luego el mandato de la Constitución es que, más allá de las setenta y dos horas corresponda a un órgano judicial la decisión sobre mantenimiento o no de la limitación de la libertad» (FJ 1º).

[1533] Véase la STC 12/1994, FJ 6º.
[1534] Véase la STC 21/1996, FJ 7º.
[1535] SSTC 31/1985, fundamento jurídico 6º; 341/1993, fundamento jurídico 6º; 21/1997, fundamento jurídico 6º.

D. Consecuencias de las detenciones y devoluciones tras la última crisis canaria

A raíz de las numerosas llegadas de inmigrantes a Canarias durante 2020, diversas situaciones generadas en torno a detenciones y devoluciones dieron lugar a que la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas, en Sentencia 269/2021, de 16 de abril de 2021, se pronunciase en el sentido de que «el acuerdo de devolución que se incoa al migrante cuando arriba de forma irregular al territorio español (y es interceptado) es un instrumento legal con fecha de caducidad; no puede aplicarse fuera de plazo y, finalizada su vigencia, debe abrirse nuevo expediente, de carácter sancionador, si se pretende detener y expulsar al afectado»[1536].

En este caso, da un paso más garantista que la interpretación tradicional expuesta del TC sobre la detención preventiva y la ejecución forzosa de la devolución, con la siguiente afirmación:

«Si no puede ejecutarse la devolución en los plazos máximos de la detención preventiva y del internamiento por la razón que fuere, o bien no se adopta ninguna de ambas medidas siendo puesto en libertad el extranjero, fenece la eficacia del acuerdo de devolución, estando el extranjero al amparo de las garantías que le ofrece el artículo 3.1 de la Ley de Extranjería y, más concretamente, el artículo 5.1, pudiendo circular libremente por España y elegir su residencia» (FJ 2º).

Añade el Tribunal lo siguiente:

«El acuerdo de devolución solo hace mención a las circunstancias de arribada y que los inmigrantes fueron atendidos por Cruz Roja y por el SUC, quedando custodiados por agentes de la Policía Nacional en Arguineguín». No sabemos a qué se refiere el citado acuerdo con lo de custodiados, pues no existe ninguna situación intermedia entre la libre circulación y la restricción ambulatoria con adopción de medidas cautelares, que no pueden ser implícitas por definición en cuanto limitativas de derechos fundamentales» (FJ 3º).

La Sala concluye reproduciendo textualmente el FJ 7º de la STS 988/2013, de 12 de marzo, que dice así:

«Una vez que no se ejecuta el acuerdo de devolución inmediatamente, o dentro del plazo de 72 horas de detención preventiva o sesenta máximo de internamiento, quedando el extranjero en libertad aún en situación irregular, fenece la eficacia del acuerdo de devolución y debe la

[1536] CGPJ, «La Audiencia de Las Palmas avala la libertad ambulatoria de los migrantes del muelle de Arguineguín», *CGPJ*, 21 de abril de 2021. Disponible en https://www.poderjudicial.es/cgpj/ca/Poder-Judicial/Tribunals-Superiors-de-Justicia/TSJ-Illes-Canaries/Noticies-Judicials-TSJ-Illes-Canaries/La-Audiencia-de-Las-Palmas-avala-la-libertad-ambulatoria-de-los-migrantes-del-muelle-de-Arguineguin [consulta: 06-06-2023].

autoridad administrativa incoar expediente sancionador encaminado a la expulsión (…), y solo en la medida en que bajo esta cobertura jurídica además se acordase una medida cautelar (…) se podrá restringir la garantía sustancial de la libre circulación (…)».

E. Medidas de apoyo a la devolución y Convenios de Readmisión

1. Las medidas de apoyo a la devolución y los acuerdos con Marruecos

Existen dos medidas para apoyar la eficacia de las órdenes de devolución de extranjeros.

La primera medida se refiere a la obligación de las compañías de transporte de colaborar en la ejecución de medidas de alejamiento, tal y como se desprende del art. 26 del Acuerdo de Adhesión al Convenio de Schengen. Dicha colaboración se manifiesta en la obligación de comprobar la identidad y documentación de los pasajeros que se embarquen en vuelos internacionales[1537]. En segundo lugar, la obligación de «hacerse cargo» y «transportar» a todos aquellos pasajeros extranjeros cuya entrada haya sido denegada por deficiencias en la documentación (art. 66 LOEX), que no siempre puede aplicarse en el caso de la devolución, ya que la mayor parte de extranjeros sujetos a esta medida no han entrado utilizando de forma abierta los servicios de las compañías de transporte autorizadas. Finalmente, las Compañías tienen una obligación de colaboración con la Administración en la ejecución de medidas de alejamiento[1538].

Respecto a las repercusiones económicas, por analogía con la expulsión y el retorno, el coste del pasaje sería a cargo del extranjero, algo que, por otro lado, no está previsto expresamente en la norma. Sí se prevé que los medios de transporte deberán ser idóneos para el traslado de personas. En consecuencia, los agentes deberán asegurarse de que el buque o aeronave reúne las mínimas condiciones de dignidad y confortabilidad en relación a la duración del traslado[1539].

La segunda de las medidas se centra en la cooperación con los Estados de destino a través de la firma de «Convenios de Readmisión» de personas en situación irregular. Los Convenios de Readmisión son instrumentos internacionales de colaboración entre las Autoridades de dos o más Estados para asegurar la colaboración de los Estados de tránsito

[1537] Reconocida en el Convenio de Aviación Civil Internacional, firmado en Chicago el 7 de diciembre de 1944.
[1538] MOYA MALAPEIRA, D., «La devolución de extranjeros en el ordenamiento jurídico español», *op.cit.*, pp. 46-47.
[1539] Véase la queja 90/27818 del Defensor del Pueblo sobre la expulsión de Las Palmas de cinco africanos. El Defensor inició investigaciones pues, al parecer, cuatro de estas personas se arrojaron al mar, muriendo ahogado uno de ellos porque habían sido introducidos en un habitáculo de la popa de un barco, de muy reducidas dimensiones, donde hubieran tenido que permanecer esposados durante todo el viaje.

emisores de emigrantes en las labores de control de flujos migratorios. Por medio de estos Convenios, un Estado (requirente) solicita de otro Estado (requerido) la readmisión de un extranjero (nacional o no del Estado requerido, según el acuerdo) en su territorio[1540].

El principal obstáculo para la materialización de los acuerdos de devolución es determinar la identidad y nacionalidad de los extranjeros indocumentados. Una vez conocidos y depurados sus datos personales, resulta preciso iniciar gestiones ante las representaciones consulares, a efectos de proveerles de un «Salvoconducto o *Laissez Passer*» con que hacer viable su repatriación, que es lo que finalmente se pretende con la medida adoptada[1541]. Los Convenios de Readmisión son de gran utilidad para la ejecución inmediata de las devoluciones, ya que agilizan los trámites y obstáculos que pudieran poner otros países a la readmisión de extranjeros. Varían entre aquellos cuyo ámbito de aplicación se circunscribe a la readmisión de los nacionales de los Estados firmantes, como los Acuerdos entre España y Eslovenia, Rumania, Bulgaria o incluso Polonia, y aquellos cuyo ámbito de aplicación es más amplio e incluye a los nacionales de terceros Estados no firmantes del Convenio, como los Acuerdos entre España y Portugal, Marruecos y Mauritania[1542].

Cabe destacar que el Acuerdo de Readmisión con Marruecos se ha visto empañado por el constante incumplimiento de nuestro país vecino y porque el Convenio excluye a los súbditos marroquíes de su aplicación, aplicándose solo a aquellos extranjeros que hubieran utilizado Marruecos como vía de paso para entrar en España, generalmente personas del África Subsahariana. Las readmisiones se reactivaron en agosto de 2018 tras el salto a la valla de Ceuta de 116 subsaharianos que fueron devueltos inmediatamente a Marruecos, y volvieron a ser una constante conforme a los datos relativos a 2019, con el objetivo de devolver a Mauritania a decenas de subsaharianos, sobre todo malienses, llegados a las islas Canarias. Tal y como destaca el CEAR, en su Informe sobre Externalización de Fronteras España Marruecos, «es el único instrumento de los concertados con Estados africanos, junto con el firmado con Mauritania, que contempla el tránsito para la expulsión de nacionales de terceros Estados». En la actualidad, y tras una oleada de llegadas irregulares a Ceuta y Melilla en el primer semestre de 2021, vuelve a estar paralizada su efectividad ante las discrepancias políticas mostradas por Marruecos[1543].

[1540] Véanse, ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., «Disposiciones españolas restrictivas en materia de inmigración», *REDI*, vol. 44, 1992, p. 717 y JANER TORRENS, D., «Política común de inmigración y acuerdos de readmisión», ponencia para el II Congreso sobre la Inmigración en España, organizado por la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 5-7 de octubre de 2000.

[1541] STSJ 2184/2020 de Andalucía, de 11 diciembre de 2020.

[1542] MOYA MALAPEIRA, D., «La devolución de extranjeros en el ordenamiento jurídico español», *op.cit.*, pp. 46-47.

[1543] En el referido Informe sobre Externalización de Fronteras España Marruecos (disponible en https://www.cear.es/wp-content/uploads/2021/04/FICHA_Externalizacion_Fronteras_Espana-

Principales acuerdos bilaterales entre España y Marruecos en materia migratoria

NOMBRE DEL ACUERDO	FECHA FIRMA	FECHA ENTRADA EN VIGOR
Acuerdo relativo a la circulación de personas, el tránsito y la Readmisión de extranjeros entrados ilegalmente.	13 febrero 1992	Aplicación provisional desde 13 de febrero de 1992
Memorando de Entendimiento para el Patrullaje Marítimo Conjunto, entre la Guardia Civil española y la Gendarmería Real marroquí (frontera sur).	Enero 2004	Julio 2004
Acuerdo de prevención de la inmigración ilegal de Menores No Acompañados, su protección y su retorno concertado	6 marzo 2007	18 marzo 2008
Acuerdo en materia de Cooperación Policial Transfronteriza	16 noviembre 2010	20 mayo 2012
Memorando de Entendimiento en el marco de la Asociación Estratégica Multidimensional, sobre cooperación bilateral, incluyendo diálogo político y de seguridad en materia migratoria.	13 febrero 2019	

1. Otros Acuerdos y Convenios de Readmisión

Continuando en el continente africano, donde se han llevado a cabo numerosos acuerdos bilaterales de cooperación migratoria[1544], el número de senegaleses retornados

Marruecos.pdf), el CEAR señala «los aspectos más preocupantes y efectos que supone la aplicación del Acuerdo:

- El plazo de 10 días para solicitar la readmisión es escaso, pudiendo dificultar la correcta identificación y acreditación de las nacionalidades de origen, la identificación de necesidades especiales o el acceso a la protección internacional.
- La ausencia de referencia expresa sobre obligación de respeto de derechos humanos de personas readmitidas.
- No prevé mecanismo específico de protección y control, posible abandono, desamparo e indefensión de personas migrantes.
- Falta de mención a debidas garantías procesales y tutela judicial efectiva en sentido amplio.
- Peligrosas consecuencias de las expulsiones, retornos y readmisiones hacia Marruecos, un país no seguro y de destino forzado para personas migrantes y refugiadas, el cual no garantiza el principio de no devolución».

[1544] En el ámbito bilateral, se han firmado Acuerdos Marco de Cooperación Migratoria con Gambia, Guinea Conakry, Malí, Cabo Verde, Mauritania y Senegal, y las negociaciones con otros países como Níger, Ghana, Guinea Bissau y Camerún se encuentran muy avanzadas. El Gobierno español califica estos

entre 2013 y 2017 se estima en 757, gracias principalmente a un acuerdo bilateral de cooperación en materia de inmigración ilegal[1545]. En la actualidad no se ha logrado aún ningún acuerdo de readmisión. A continuación, los nigerianos (608) y los malienses (231), para quienes se ha firmado igualmente un acuerdo en materia migratoria desde 2007[1546].

Si nos fijamos ahora en los inmigrantes procedente de países americanos, Colombia (2.576), Bolivia (1.412), Ecuador (1.369) y Brasil (1.067) son los países con más nacionales expulsados entre 2013 y 2017. En el mismo periodo también se ha repatriado forzosamente a 128 estadounidenses[1547].

Respecto a los ciudadanos de la UE, los rumanos (1.530) forman el colectivo más numeroso de repatriados, aunque también hay portugueses (277), franceses (128) e italianos (101), cuya expulsión tiene lugar, normalmente, tras la comisión de un delito contra la seguridad del Estado, como tráfico de drogas o armas a gran escala[1548].

Así, el Convenio entre el Reino de España y la República Portuguesa relativo a la readmisión de personas en situación irregular, hecho en Granada el 15 de febrero de 1993, permitía a cada uno de los firmantes, readmitir:

«En su territorio, a solicitud de la otra Parte Contratante y sin más formalidades que las previstas en el citado Convenio, a los nacionales de terceros Estados que hayan transitado o permanecido en su territorio y se hayan trasladado directamente al territorio de la otra Parte, cuando no satisfagan los requisitos de entrada o de permanencia aplicables en el territorio de la Parte Contratante requirente».

Respecto a Francia, cabe mencionar el Acuerdo entre la República Francesa y el Reino de España sobre la readmisión de personas en situación irregular, de 26 de noviembre de 2002, y que permite que cada Estado readmita en su territorio, «sin formalidad alguna, a toda persona que no cumpla las condiciones de entrada o de estancia aplicables en su territorio, siempre que se acredite o se presuma que posee la nacionalidad de la Parte Contratante requerida» (art. 1). Cabe decir que, entre noviembre de 2020 y

---

Acuerdos Marco de Cooperación Migratoria de acuerdos de «nueva generación», pues estos ya no se centran exclusivamente en la readmisión. Estos acuerdos de cooperación migratoria son innovadores porque contemplan trabajar en la admisión de trabajadores legales y en la cooperación en contra de la inmigración ilegal, garantizando un proceso de integración en el país de recepción y posibilitando el retorno voluntario a su país. Finalmente, el principal aspecto innovador de estos acuerdos es que relacionan todas estas políticas con el desarrollo de los países emisores.

[1545] Véase MARTÍN, M y RINCÓN, R., «España expulsa 30 inmigrantes por día desde 2013», *El País*, 7 de enero de 2019. Disponible en https://elpais.com/politica/2019/01/04/actualidad/1546620169_232601.html [consulta: 06-06-2023].

[1546] *Ibid.*

[1547] *Ibid.*

[1548] *Ibid.*

marzo de 2021, Francia ha devuelto a 15.757 inmigrantes en situación irregular, más de 3.000 al mes[1549].

Además, y este punto es más polémico, según el art. 5 de este Acuerdo:

«Cada Parte Contratante readmitirá en su territorio, a solicitud de la otra Parte y sin formalidad alguna, al nacional de un tercer Estado que no cumplan o hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada o de estancia aplicables en el territorio de la Parte requirente, siempre que se acredite que dicha persona entró en el territorio tras haber residido o transitado por el territorio de la Parte Contratante requerida».

Este acuerdo, que establece un plazo de ejecución de cuatro horas, contempla, al mismo tiempo, una serie de trámites, como que los inmigrantes sean entregados a la policía o que se formalice por escrito su devolución.

Por su parte, el Acuerdo entre el Reino de España y la República Italiana relativo a la readmisión de personas en situación irregular, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1999, se expresa en términos similares a los dos citados, pero precisando aquí que «la solicitud de readmisión debe ser transmitida dentro del plazo de tres meses, a contar desde la constatación por la Parte Contratante requirente de la presencia irregular en su territorio del nacional del país tercero» (art. 1.3).

CONVENIOS DE READMISIÓN DE PERSONAS EN SITUACIÓN IRREGULAR FIRMADOS POR ESPAÑA

Macedonia del Norte. Acuerdo sobre readmisión de personas en situación irregular, hecho ad referéndum en Skopje el 6 de febrero de 2006 y publicado en el BOE del 23 de noviembre de 2006.

Suiza. Acuerdo sobre readmisión de personas en situación irregular, así como el Protocolo sobre la aplicación del mismo, firmados ambos en Madrid el 17 de noviembre de 2003 y publicados en BOE del 20 de enero de 2005.

Polonia. Acuerdo sobre readmisión de personas en situación irregular, firmado en Varsovia el 21 de mayo de 2002 y publicado en el BOE del 22 de julio de 2004.

Argelia. Protocolo entre el Gobierno de España y el Gobierno de la República Argelina Democrática Popular sobre circulación de personas, hecho ad-referéndum en Argel el 31 de julio de 2002 y publicado en el B.O.E. del 12 de febrero de 2004.

[1549] Véase MARTÍN, M. y BASSETS, M., «Francia devolvió a España casi 16.000 migrantes en solo cinco meses», El País, 24 de abril de 2021. Disponible en https://elpais.com/espana/2021-04-24/francia-devolvio-a-espana-casi-16000-migrantes-en-solo-cinco-meses.html [consulta: 06-06-2023].

Francia. Acuerdo sobre readmisión de personas en situación irregular, firmado en Málaga el 26 de noviembre de 2002 y publicado en el B.O.E. del 26 de diciembre de 2003, y del 30 de enero de 2004.

Mauritania. Acuerdo entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania, en materia de inmigración, firmado en Madrid el 1 de julio de 2003 y publicado en el B.O.E. del 4 de agosto de 2003.

Guinea Bissau. Acuerdo en materia de inmigración, firmado en Madrid el 7 de febrero de 2003. Publicado en el B.O.E. del 27 de marzo de 2003.

Italia. Acuerdo sobre readmisión de personas en situación irregular, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1999 y publicado en el B.O.E. del 7 de febrero de 2001.>

Estonia. Acuerdo sobre readmisión de personas en situación irregular, firmado en Tallin el 28 de junio de 1999 y publicado en el B.O.E. del 11 de mayo de 2000.

Lituania. Acuerdo sobre readmisión de personas en situación irregular, firmado en Madrid el 18 de noviembre de 1998 y publicado en el B.O.E. del 19 de abril de 2000.

Letonia. Acuerdo sobre readmisión de personas en situación irregular, firmado en Madrid el 30 de marzo de 1999 y publicado en el B.O.E. del 18 de abril de 2000.

Eslovaquia. Acuerdo sobre readmisión de personas en situación irregular, firmado en Bratislava el 3 de marzo de 1999 y publicado en el B.O.E. del 20 de abril de 1999.

Bulgaria. Acuerdo sobre readmisión de personas en situación irregular, firmado en Sofía el 16 de diciembre de 1996 y publicado en el B.O.E. del 28 de febrero de 1997.

Rumanía. Acuerdo sobre readmisión de personas en situación irregular, firmado en Bucarest el 29 de abril de 1996 y publicado en el B.O.E. del 21 de junio de 1996.

Portugal. Acuerdo sobre readmisión de personas en situación irregular, firmado en Granada el 15 de febrero de 1995 y publicado en el B.O.E. del 31 de marzo de 1995.

Marruecos. Acuerdo entre España y Marruecos, relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992 y publicado en el B.O.E. del 25 de abril de 1992.

Fuente: Secretaría de Estado de Migraciones

V. EL CONTROL JURISDICCIONAL SOBRE LA DEVOLUCIÓN DE EXTRANJEROS

El carácter recurrible de las resoluciones sobre extranjeros se reconoce expresamente en el artículo 65 de LOEX, cuyo segundo apartado expresa la posibilidad de hacerlo incluso fuera de España ante las representaciones diplomáticas o consulares.

En este supuesto, la posibilidad de interposición del recurso contencioso-administrativo ante las representaciones diplomáticas o consulares ha servido tradicionalmente a la Administración para justificar la posibilidad de ejecutar inmediatamente la devolución de extranjeros, bajo el argumento de que no impedía el acceso a los Tribunales, ya que podía lograrse desde fuera de España por vía diplomática o consular. Esta teoría daba lugar a situaciones de indefensión frente a la devolución, ya que, incluso en la distancia, seguía siendo imprescindible la asistencia de letrado colegiado en España. Ello encarecía el acceso al recurso contencioso administrativo, que no podía beneficiarse de la gratuidad por lo dispuesto antes de la reforma de 2009 en el art. 22.1 LOEX que exigía la residencia del extranjero en España para beneficiarse de la misma.

A la oficina del Defensor del Pueblo le ha preocupado mucho el derecho a la asistencia jurídica a los extranjeros. Incluso presentó un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, que en su original artículo 2 excluía a los extranjeros no residentes legales, lo que fue reproducido, con algunas excepciones, en la LO 8/2000. El Tribunal Constitucional consideró inconstitucional privar del derecho a la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros en situación irregular, obligando a reconocer el derecho en el vigente artículo 22, redactado conforme a la LO 2/2009[1550]. Así las cosas, en la actualidad este derecho se reconoce independientemente de si el extranjero reside o no en España, ya que cuando este tuviera derecho a la asistencia jurídica gratuita y se encontrase fuera de España, la solicitud de la misma y, en su caso, la manifestación de la voluntad de recurrir, podrán realizarse ante la misión diplomática u oficina consular correspondiente (art. 22.3 LOEX).

Asimismo, el art. 23.4 RLOEX reconoce la posibilidad de interponer recurso, a los efectos de la asistencia jurídica gratuita, al extranjero privado de libertad.

Junto a estos obstáculos, en la actualidad existen otros que dificultan el acceso al control jurisdiccional sobre la devolución. El principal ha sido el excesivo rigor con que se establecen los requisitos para la admisión provisional de recursos sobre medidas

[1550] Véanse las SSTC 95/2003, 259/2007 y 236/2007. RODRÍGUEZ CANDELA, J.L., La incidencia de la oficina del defensor del pueblo en la política legislativa de extranjería», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 36, 2014, pp. 4 y 5.

cautelares ante las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia del orden Contencioso-Administrativo, que en el ámbito de la devolución pueden impedir la suspensión de tal medida. En este sentido habría que buscar fórmulas más flexibles que permitieran a los abogados obtener la suspensión antes de la ejecución de la medida.

VI. LAS DEVOLUCIONES Y EL RECHAZO CONTEMPLADO PARA LOS CASOS DE LA FRONTERA DE CEUTA Y MELILLA

A. La creación de una nueva figura de rechazo

Como señalábamos en el capítulo anterior, hasta el año 2015 no se introduce esta nueva figura de rechazo en la Ley en vigor, aunque la nomenclatura «rechazo en frontera», que ya se utilizaba en la normativa de 1985, se aplicaba en la práctica para los casos de denegación de entrada y retorno, especialmente en el ámbito europeo, donde sí se hace referencia a esta figura. En nuestro ordenamiento actual, solo se introduce esta referencia para aludir a un supuesto concreto en la frontera de Ceuta y Melilla, y para este tipo de intento de entrada ilegal[1551]. Esta medida se reconduciría, en cuanto a sus efectos, a una devolución, aunque con matices, ya que la celeridad de la necesaria contención dificulta que exista un procedimiento que incluya, por ejemplo, un control judicial. No obstante, recordamos que con Marruecos nos vincula una Acuerdo sobre la readmisión de aquellos que intentan entrar ilegalmente que contempla un procedimiento propiamente dicho, y mientras no se establezca un procedimiento propio a este tipo de «rechazo/devolución», debería respetarse el contenido del Acuerdo y de lo dispuesto para el caso de devolución[1552].

Así, el art. 2 de esta Acuerdo prevé que:

«La solicitud de readmisión deberá ser presentada en los diez posteriores a la entrada ilegal en el territorio del Estado requerido. En ella se harán constar todos los datos disponibles relativos a la identidad, a la documentación personal eventualmente poseída por el extranjero y a las condiciones de su entrada ilegal en el territorio del Estado requirente, así como cualquier otra información de que se disponga sobre el mismo (…)».

[1551] Véase GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., "Expulsiones "en caliente", devoluciones y petición de asilo en Ceuta y Melilla", Revista de Administración Pública, nº 196, 2015, pp. 309-329.

[1552] Véase el Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992, cuya entrada en vigor se produjo el 21 de octubre de 2012.

En todo caso, no estamos ante un supuesto de denegación de entrada, sino de una medida para repeler un intento de entrada ilegal.

Tal y como entiende el TC en numerosas ocasiones, con el rechazo o la denegación de entrada:

«Se pretende evitar la contravención del ordenamiento jurídico de extranjería, por lo que no comporta en sí misma una sanción sino una medida gubernativa de reacción inmediata frente a una perturbación del orden jurídico, articulada a través de un cauce flexible y rápido […]. En suma […] consiste en una medida que se acuerda por parte del Estado español en el marco de su política de extranjería, en la que se incluye tanto el necesario control de los flujos migratorios que tienen como destino nuestro país, como el establecimiento de los requisitos y condiciones exigibles a los extranjeros para su entrada y residencia en España»[1553].

Lo relevante en este supuesto que nos ocupa, desde la perspectiva del sometimiento de la actuación de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 C.E.), es que se trata de una actividad de las autoridades y funcionarios españoles, incluso, si como se ha planteado, no se efectúe en puridad propiamente dentro del territorio español[1554]. Así, tal y como ha entendido repetidamente la jurisprudencia, «los extranjeros aprehendidos al intentar superar los elementos de contención, pasan a estar bajo el control y jurisdicción de los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad» de España[1555]. Por tanto, entiende el TC que resulta irrelevante si dichos elementos –la valla, en este caso– se sitúan o no en territorio bajo soberanía española, ya que sería de aplicación la legislación española en materia de extranjería.

En esta línea se ha mostrado también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al considerar que desde el momento en que un Estado, a través de sus agentes que operan fuera de su territorio, ejerce su control y su autoridad sobre un individuo, por consiguiente, su jurisdicción recae sobre él, en virtud del art. 1 del CEDH. Esta conclusión responde también a que no puede admitirse la existencia de «zonas de no derecho» donde los individuos no estén amparados por un sistema jurídico capaz de brindarles el disfrute de los derechos y garantías protegidos por el Convenio europeo de derechos humanos[1556].

En conclusión, esta actuación de repeler un intento de entrada ilegal, por cuanto es realizada por autoridades y funcionarios públicos españoles, está sometida al estricto cumplimiento de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, se produzca o no

[1553] Véase, entre otras, la STC 172/2020, de 19 de noviembre.
[1554] Véase la STC 21/1997, de 10 de febrero, FJ 2º. En el mismo sentido, hablamos, en el ámbito del derecho de asilo, de «situación legal de sometimiento de los solicitantes de asilo a un poder público español», STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 4º.
[1555] Véase, entre otras, la STC 172/2020, de 19 de noviembre.
[1556] Véase la STEDH de 23 de febrero de 2012, caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, págs. 74 y 178 a 180, y las sentencias en allí citadas.

en territorio puramente español, además de tener que respetar la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional.

B. Claves del régimen especial de rechazo de los extranjeros que intenten entrar ilegalmente por la frontera de Ceuta y Melilla

Si bien uno de los «puntos calientes» de llegadas a España son las fronteras de Ceuta y Melilla, durante 2020 pudo observarse un efecto de vasos comunicantes entre el descenso drástico, del 70%, en las entradas, por el cierre de la ruta de Ceuta y Melilla y la ruta del Estrecho, y el aumento de las llegadas a las Islas Canarias[1557]. Circunstancia esta que vuelve a revertirse en mayo de 2021, con la llegada masiva sin precedentes (más de 9.000 personas) intentado atravesar costas, fronteras y vallas de Ceuta y Melilla.

El régimen del «rechazo en el intento de cruce ilegal de la frontera de Ceuta y Melilla» aparece contemplado en la disposición final primera de la LOSC, que introducía una disposición adicional décima en la LOEX, con la siguiente redacción:

> «1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España.
>
> 2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte.
>
> 3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional».

El establecimiento de un «nuevo» régimen específico para Ceuta y Melilla, en la medida en que en sus puestos fronterizos concurre la singularidad de su ubicación geográfica, no puede considerarse que carezca de justificación; aunque desde nuestro punto de vista, no se trata de una nuevo tipo de rechazo en frontera entendida como denegación de entrada, sino que nos encontramos ante un supuesto específicamente referido para un rechazo (entendido como sinónimo de «repeler») en caso de intento de entrada ilegal a través de los elementos de contención en la frontera de Ceuta y Melilla. Por lo que partimos de que no se trata, en puridad, de un rechazo entendido como

[1557] Véase el *Informe sobre la Migración en Canarias, la emergencia previsible* de CEAR, elaborado en 2021.

denegación de entrada en frontera, sino de un supuesto de intento de entrada ilegal cuya consecuencia es la devolución[1558].

Así, vemos como, en contraste con lo previsto en el art. 15.1 RLOEX, relativo a la denegación de entrada, no se observa en la disposición adicional citada ninguna exigencia en relación con una resolución motivada que sea notificada y que contenga información sobre posibles recursos y sus correspondientes plazos. De la misma forma que tampoco recoge nada relacionado con la comunicación al consulado o a la embajada del país de origen como dispone el art. 15.6 RLOEX. Tampoco se hace referencia alguna en el texto a la posibilidad de que el regreso se ejecute de forma inmediata y, en todo caso, dentro del plazo de 72. Si no pudiera ejecutarse dentro de dicho plazo, la autoridad gubernativa o el responsable del puesto fronterizo habilitado se dirigirá al Juez de instrucción para que determine, en su caso, el lugar donde haya de ser internado el extranjero, hasta que llegue el momento del regreso (art. 15.3 RLOEX).

Existe una confusión, desde nuestro punto de vista, entre «rechazos en frontera», «expulsiones sumarias», «devoluciones en caliente», tal y como iremos desgranando en este capítulo. Estas últimas son definidas por Martínez Escamilla de la siguiente forma:

«La actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado consistente en la entrega a las autoridades marroquíes por vía de hecho de ciudadanos extranjeros que han sido interceptados por dichos Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en zona de soberanía española sin seguir el procedimiento establecido legalmente ni cumplir las garantías internacionalmente reconocidas»[1559].

En todo caso, nuestra postura es que no estamos ante un supuesto de denegación o rechazo de entrada entendida como hemos expuesto previamente, ya que tales supuestos se han articulado para otro tipo de circunstancias que nada tienen que ver con los intentos de entrada utilizando la violencia por puestos no habilitados y eludiendo cualquier tipo de control. La denominación utilizada daría lugar a equívocos, por lo que consideramos que debería modificarse, en aras de la seguridad jurídica, y adoptar una nomenclatura acorde con la «devolución en caso de entrada ilegal a través de los medios de contención».

Por otro lado, el examen de esta nueva disposición adicional exige tener en cuenta, en primer lugar, la singular situación de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. Recordamos que el Acuerdo de Schengen, firmado el 14 de junio de 1985 y al que se

[1558] Véase SOLANES CORELLA, Ángeles, "Contra la normalización de la ilegalidad: la protección judicial de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas y las devoluciones 'en caliente'", Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, nº 36. 2017, pp. 196-225,

[1559] MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «"Expulsiones en caliente": cuando el Estado actúa al margen de la Ley», Informe promovido desde el Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE (DER 2011-26449), 27 de junio de 2014, p. 2

adhirió España por protocolo de 25 de junio de 1991, impulsó la creación de un espacio de libre circulación de personas, mediante la progresiva supresión de los controles en las fronteras interiores, trasladándolos a las fronteras exteriores de los Estados signatarios. Tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el acuerdo quedó integrado en el marco institucional y jurídico de la Unión Europea[1560]. Pero recordamos también que las disposiciones del Código Schengen no afectarán al régimen especial aplicable a las ciudades de Ceuta y Melilla[1561] . Actualmente, son la frontera exterior terrestre entre la Unión Europea y terceros Estado, y también una de las principales vías de acceso de los flujos migratorios hacia Europa. Todo ello hace que, en muchas ocasiones, el Estado español se vea desbordado en sus esfuerzos por contener los intentos de grupos de personas de cruzar ilegalmente la valla o arribar en embarcaciones a las costas de soberanía española[1562].

Esta particular situación también fue ponderada por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia de 13 de febrero de 2020, caso *N.D. y N.T. c. España*, al afirmar lo siguiente:

«En este contexto, el Tribunal, al valorar una queja relativa al artículo 4 de Protocolo núm. 4, sobre prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros, tendrá principalmente en cuenta si, en las circunstancias del caso concreto, el Estado parte en cuestión ofrece de un modo efectivo medios de entrar en él legalmente, en particular a través de procedimientos en frontera. Cuando el Estado parte facilita este acceso y el recurrente no ha hecho uso de él, el Tribunal considerará […] si había razones imperiosas para no usar esos medios de acceso, fundadas en hechos objetivos de los que el Estado correspondiente sea responsable

(…)

Consecuentemente, los Estados parte pueden rechazar la entrada en su territorio de los extranjeros, incluidos los peticionarios de asilo, que, sin concurrir razones imperiosas, no hayan ajustado su conducta a estos mecanismos de entrada sino que han buscado cruzar la frontera por lugares distintos a los habilitados, sobre todo pero no necesariamente cuando, como ocurre en este caso, se prevalieron de su gran número y del uso de la fuerza» (párs. 201 y 210).

Con todo, esta disposición, junto con otros preceptos de la LOSC, fue objeto de recurso de inconstitucionalidad sobre el que finalmente se pronunció el TC en Sentencia

[1560] La cual tiene como uno de sus objetivos mantener y desarrollar «un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia».

[1561] Tal como se define en la Declaración del Reino de España relativa a las ciudades de Ceuta y Melilla, que figura en el Acta final del Acuerdo sobre la adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985.

[1562] Lo que prueba que estamos, además, ante un problema humanitario de tal dimensión que su trascendencia es, cuando menos, europea, y exigiría la adopción de medidas de carácter supraestatal.

172/2020, de 19 de noviembre de 2020, confirmando su adecuación a nuestro ordenamiento. Téngase en cuenta que en el fallo se declara que la disposición adicional décima de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, es conforme a la Constitución, siempre que se interprete tal y como se indica en el FJ 8º, apartado C), de la referida Sentencia, es decir, teniendo en cuenta tres advertencias:

- Aplicación a las entradas individualizadas.
- Pleno control judicial.
- Cumplimiento de las obligaciones internacionales.

Asimismo, en un nuevo recurso planteado al TC –esta vez por el Parlamento de Cataluña–, resuelto mediante Sentencia 13/2021, de 28 de enero, se declara una vez más que la disposición adicional décima es conforme a la Constitución, siempre que se interprete tal y como se indica FJ 2º, apartado e), de dicho pronunciamiento, donde se confirma tanto la legitimidad de la interposición del recurso como el sentido del primer fallo del TC.

Por cuanto se consolida, pues, la legalidad del régimen especial introducido para los casos referidos de rechazo en frontera de Ceuta y Melilla, entendemos la necesidad de analizar el sentido del parecer del TC.

Los principales motivos de impugnación se basaban, según extraemos de la STC 172/2020, en que se estaría introduciendo, «por simple vía de hecho, un régimen de devolución masiva e indiferenciada de extranjeros no conforme a la legalidad vigente en materia de extranjería, vulnerando con ello los arts. 9.3, 24.1 y 106 CE». En lo que se refiere a dichas vulneraciones, el abogado del Estado parte del hecho de que la norma impugnada «cubre un vacío normativo respecto de una actuación material de vigilancia fronteriza» encomendada al Estado que se desarrolla en una fase previa a la devolución o expulsión dirigida a garantizar la legalidad. Actuación que, en palabras del TC:

> «No está exenta de límites y que supera el test de proporcionalidad exigido por este tribunal y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la medida que afecta a extranjeros que están intentando entrar ilegalmente en España, sin perjuicio, claro está de que la actuación policial pueda ser objeto de control jurisdiccional ex art. 106 CE».

Según el art. 13.1 CE, «los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley». El TC ha reiterado que la expresión «libertades públicas» no debe ser interpretada en sentido restrictivo, entendiéndose por tal derechos y libertades, y se refiere a todos los extranjeros, a pesar de que puedan encontrarse en España en situaciones jurídicas

diversas[1563]. Igualmente, reafirma los extranjeros gozan de ciertos derechos «por propio mandato constitucional», sin que sea posible un tratamiento desigual respecto de los españoles[1564]. Sostiene el TC lo siguiente:

«Se trata de derechos inherentes a la dignidad de la persona (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7); tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica (STC 107/1984, FJ 3); el derecho a la libertad y a la seguridad (STC 144/1990, de 26 de septiembre, FJ 5); y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (STC 137/2000, de 29 de mayo, FJ 1). Si bien, "ello no implica cerrar el paso a las diversas opciones o variantes políticas que caben dentro de la Constitución, entendida como 'marco de coincidencias' […] que permite distintas legislaciones en materia de extranjería" (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3).

En relación con estos derechos reconocidos constitucionalmente de forma directa a los extranjeros, entre los que se encuentra el derecho a la tutela judicial efectiva, cuya vulneración ha sido alegada por los recurrentes en este proceso (STC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2), y el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003, de 22 de mayo, FJ 4), el legislador se encuentra limitado tanto en la configuración de su contenido, como en el tratamiento dispensado a las personas extranjeras atendiendo a sus diferentes situaciones jurídicas. El art. 13.1 CE "reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero para ello ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando este ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros […]. Una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales" (STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 3).

Por tanto, "el incumplimiento de los requisitos de estancia o residencia en España por parte de los extranjeros no permite al legislador privarles de los derechos que les corresponden constitucionalmente en su condición de persona, con independencia de su situación administrativa. El incumplimiento de aquellos requisitos legales impide a los extranjeros el ejercicio de determinados derechos o contenidos de los mismos que por su propia naturaleza son incompatibles con la situación de irregularidad, pero no por ello los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España están desposeídos de cualquier

[1563] La remisión a la ley «no supone pues una desconstitucionalización de la posición jurídica de los extranjeros puesto que el legislador, aun disponiendo de un amplio margen de libertad para concretar los "términos" en los que aquellos gozarán de los derechos y libertades en España, se encuentra sometido a límites derivados del conjunto del título I de la Constitución, y especialmente los contenidos en los apartados primero y segundo del art. 10 CE» (SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 4, y 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3).

[1564] SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 4º, y 95/2000, de 10 de abril, FJ 3º.

derecho mientras se hallan en dicha situación en España" (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 4)» (FJ 8º).

No hay que olvidar que, en el proceso de determinación de los derechos de los extranjeros, el TC ha declarado que «revisten especial relevancia «la Declaración universal de derechos humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el art. 10.2 CE remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales»[1565]. Aunque, como ha aclarado el TC, el art. 10.2 CE:

«No convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales" (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 5), sino que, por el contrario, "se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los convenios y tratados internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de esta de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución" (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5)» (FJ 8º).

C. Puntos polémicos: el control judicial

Alegan los recurrentes que estamos ante un supuesto de «vía de hecho», al tratarse de una actuación administrativa llevada a cabo prescindiendo de todo procedimiento. Sin embargo, recuerda el TC que, según su doctrina, las garantías derivadas del art. 106 CE «se satisfacen si los interesados tienen derecho a someter al examen de los tribunales la legalidad de lo que ellos consideran un incumplimiento por parte de la administración de las obligaciones nacidas de la ley»[1566]. Recordemos que, como explica el TC:

«Los extranjeros tienen el derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que dichos procedimientos respetarán, en todo caso, las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo y, especialmente, en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones (art. 20 LOEX); igualmente, gozan del derecho de asistencia jurídica gratuita y de intérprete, lo que garantiza el

[1565] STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7.
[1566] STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 11º.

derecho de defensa (art. 22 LOEX), en concreto la formulación de alegaciones y la presentación de recursos, extremo expresamente contemplado en el art. 21 LOEX» (FJ 8º).

Asimismo, entiende el TC que:

«Por otro lado, es cierto que el "rechazo en frontera" previsto específicamente para las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla es una actuación material de carácter coactivo, que tiene por finalidad la de restablecer inmediatamente la legalidad transgredida por el intento por parte de las personas extranjeras de cruzar irregularmente esa concreta frontera terrestre. Actuación material que lo será, sin perjuicio del control judicial que proceda realizarse en virtud de las acciones y recursos que interponga, en cada caso concreto, la persona extranjera.

Además, en el apartado segundo se dice que el rechazo "se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte". Esto significa que la actuación ha de llevarse a cabo con las garantías que a las personas extranjeras reconocen las normas, acuerdos y tratados internacionales rubricados por España, lo que conecta, a través del art. 10.2 CE, con nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5).

Serán las disposiciones que se adopten para cumplir de un modo real y efectivo con las normas internacionales de derechos humanos las que tengan que asegurar el pleno respeto a las garantías derivadas de la dignidad de la persona, que nuestra Constitución reconoce a todas las personas sometidas a la actuación de los poderes públicos españoles (STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 4).

En todo caso, de las referidas obligaciones internacionales en materia de derechos humanos se desprende que, con motivo de esta actuación de «rechazo en la frontera», los cuerpos y fuerzas de seguridad deberán prestar especial atención a las categorías de personas especialmente vulnerables, entre las que se cuentan, con distinta proyección e intensidad, las que aparenten manifiestamente ser menores de edad (sobre todo cuando no se encuentren acompañados por sus familiares), debiendo atender la especial salvaguardia de los derechos reconocidos en el art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, estar en situación de mujer embarazada o resultar afectados por serios motivos de discapacidad, incluida la causada por la edad avanzada y personas encuadradas en la categoría de especialmente vulnerables» (FJ 8º).

D. Respeto al principio de no devolución

Como recuerda el TC, el apartado tercero de la disposición adicional décima de la LOEX España «señala que la formalización de las solicitudes de protección internacional

se realizará en los lugares habilitados en los puestos fronterizos, tramitándose de conformidad con la normativa aplicable en la materia».

El recurso interpuesto alegaba, en este punto, la ausencia de respeto a la jurisprudencia del TEDH en lo que se refiere a la aplicación de principio de no devolución, impidiendo el acceso al derecho de asilo previsto en el art. 13.4 CE, al desincentivar el ejercicio de tal derecho, por lo que se alegaba la vulneración de este precepto constitucional.

El derecho de asilo está especialmente vinculado con el principio de no devolución, estudiado en profundidad en el bloque tercero y en el capítulo final respecto a nuestro ordenamiento, al que nos remitimos, y que «opera como una garantía aplicable a toda la legislación en materia de extranjería para impedir la devolución de una persona a un territorio en el que su vida, integridad o libertad corran peligro», según entiende la citada STC 172/2020.

El Tribunal recuerda que este principio, plasmado en el art. 33 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, el art. 19.2 de la CDFUE, y el art. 5 de la Directiva de Retorno, también ha sido desarrollado por el TEDH:

«(…) y se traduce en la obligación de los Estados de asegurarse del trato al que se exponen los extranjeros que se devuelven al país de origen o de procedencia a los efectos de no incurrir en una vulneración del art. 3 CEDH (…).

Además, el Tribunal recuerda —en la ya citada STEDH 13 de febrero de 2020, caso *N.D. y N.T. c. España*—, a los Estados que, como España, tienen fronteras exteriores de la Unión Europea, el deber de disponer de un acceso real y efectivo a los procedimientos legales de entrada, para que todas las personas que se enfrenten a una persecución, con riesgo para su vida o integridad, y alcancen las fronteras puedan presentar una solicitud de protección, *ex* art. 3 CEDH, en condiciones tales que garanticen la tramitación de la solicitud de manera coherente con las normas internacionales y el propio Convenio europeo de derechos humanos (§ 209). Y concluye que si tales medios existen y son efectivos, los Estados "podrán denegar la entrada en su territorio a los extranjeros, incluidos los posibles solicitantes de asilo, que hayan incumplido, sin razones convincentes […], estas disposiciones al tratar de cruzar la frontera por un lugar diferente no autorizado […]"» (FJ 8º).

El TC entendió que no existía tampoco la alegada inconstitucionalidad en este punto:

«Teniendo en cuenta que la disposición adicional décima en nada excepciona el régimen jurídico previsto en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria de asilo, al limitarse a indicar dónde se han de formalizar las solicitudes –

puestos fronterizos de Ceuta y Melilla–, y que los medios, que permiten acceder a un procedimiento de entrada legal al territorio español, deben existir y ser efectivos, en cumplimiento por el Estado español de las obligaciones internacionales» (FJ 8º).

Asimismo, consideramos que, aunque no se cuestionó esta precisión, el redactado del apartado hace referencia solo a la formalización de la solicitud de protección, no a la posibilidad de efectuar o manifestar el deseo de solicitar tal protección. Aspecto este importante, ya que una cosa es formular o manifestar tal deseo, siendo admitida cualquier manifestación, por cualquier modo y ante cualquier autoridad, del deseo de solicitar protección, y otra cosa diferente es la formalización, registro y presentación de dicha solicitud.

Recordamos que la Directiva 2013/32/UE describe los tres pasos del acceso al procedimiento, en los que se distingue con claridad entre la formulación, el registro y la presentación de la solicitud de protección internacional; entendiéndose que la formulación de una solicitud de protección internacional es el acto de expresar, de cualquier modo y ante cualquier autoridad, el deseo propio de obtener protección internacional. Toda persona que haya manifestado su intención de solicitar protección internacional se considera solicitante, con todos los derechos y obligaciones asociados a tal estatuto.

A nuestro juicio no se alcanza a entender el fundamento de este alegato de limitación de la formalización de la solicitud por especificar que ha de realizarse en los lugares indicados, ya que tal formalización siempre implica la observancia de unas reglas de procedimiento sin que ello signifique una merma de su capacidad o manifestación de acceso a la protección. Solo indica dónde ha de formalizarse, lo cual es distinto de la posibilidad de formularse, ya que dicha posibilidad sigue intacta. Creemos que en este punto argumental del recurso, se han ignorado las diferencias de las fases del procedimiento de solicitud de protección internacional tal y como contempla la normativa comunitaria.

Finalmente, tal y como recordaba el TC, el derecho a entrar en España no se trata de un derecho fundamental de los enunciados en el capítulo segundo del título I de la CE, sino que estamos «ante un mandato constitucional para que el legislador configure el estatuto de quienes se dicen perseguidos y piden asilo en España. Los derechos del solicitante de asilo –o del ya asilado– serán, entonces, los que establezca la ley». Por tanto, «el derecho a entrar en España no es un derecho fundamental del que sean titulares los extranjeros con apoyo en el art. 19 CE»[1567], condicionándose la entrada al cumplimiento de los requisitos de los arts. 25 LOEX y 4 RLOEX. Tratándose de

[1567] El TC se remite aquí a la STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 12º.

extranjeros que no reúnen los requisitos para entrar en España solicitantes de asilo, se atenderá a los arts. 21 y 22 Ley 12/2009, «que contemplan el supuesto concreto de la solicitud en frontera, mientras dure la tramitación del expediente la permanencia en las dependencias habilitadas a tal efecto».

Por último, queremos manifestar que, desde nuestro punto de vista, en puridad, los efectos del «rechazo en frontera que se regula en la disposición adicional» ya estarían contemplados de facto dentro de los supuestos de devolución de extranjeros que intentan entrar ilegalmente en España, previsto en el art. 58.3 LOEX en los términos que expone la STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 12º. Si bien no se ha previsto un procedimiento específico para estos casos, ello no implica la ausencia de procedimientos aplicables (devolución y Acuerdo bilateral). Entendemos, además que el debate sobre si esta situación se produce en una fase previa a la eventual devolución o expulsión de los extranjeros, por cuanto estos aún no han entrado en territorio español, es irrelevante, ya que como ha dejado claro el TC, lo importante serían las consecuencias que deben ser contempladas para estos supuestos de entrada ilegal. Consecuencias que, en nuestra opinión, no dependen de si la entrada ilegal se produce a través de la valla, o por ejemplo, a través de la costa. Recordemos que la situación de Canarias y la afluencia masiva de «cayucos» también constituye un intento de entrada ilegal que, a nuestro parecer, sería subsumible en las consecuencias de un procedimiento de devolución.

Por todo ello, consideramos que sería más acertado que, en aras de la seguridad jurídica, se debería haber aprovechado la ocasión para mejorar la norma, redactando un supuesto en el que se diera cabida a todos los tipos o intentos de entrada ilegal, precisando claramente el procedimiento de devolución como la vía a seguir.

E. Expulsiones colectivas o «devoluciones en caliente»

En el ámbito del Derecho interno, lo primero que cabe observar es que no encontramos en nuestro ordenamiento jurídico referencia legal explícita sobre las llamadas «devoluciones en caliente»[1568], ya que ni en la principal norma reguladora en vigor de los derechos y libertades de los extranjeros en España, la LOEX, ni en su Reglamento de desarrollo, el RLOEX, aparecen referidas como tal. Estas normas únicamente contemplan la denegación de entrada, rechazo al intentar superar de manera ilegal la frontera de Ceuta y Melilla, la devolución y la expulsión. Entre ellas no aparece, ni prohibida expresamente, ni contemplada en sí, la práctica de este tipo de formas de

[1568] MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., «La vulneración de derechos en la frontera sur: de las devoluciones en caliente al rechazo en frontera», *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 18, 2020, pp. 28-39.

expulsión, si bien entendemos que, en caso de intentos de entrada irregular, estaríamos ante un supuesto de devolución reconocido ya en la normativa, y en concreto del rechazo referido específicamente respecto a la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta y Melilla, junto con el respeto a la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional y siempre bajo el mantra legal de seguir un procedimiento con garantías, como ha reiterado en numerosas ocasiones el propio Tribunal Constitucional[1569].

Antes de analizar la regulación jurídica de este tipo de prácticas sobre los extranjeros[1570], es preciso comenzar precisando que se trataría en todo caso de devoluciones, no de expulsiones conforme a nuestro ordenamiento. Es cierto que, en ocasiones, se utilizan ambos términos indistintamente, desdibujando los perfiles y requisitos de estas figuras incluso en la propia Ley, aunque probablemente sin intencionalidad definida[1571].

No estaríamos ante la figura de la denegación de entrada, ya que presupone que la entrada que se pretende efectuar no es clandestina, sino conocida por la autoridad española, que, en su caso, la deniega por no cumplirse todos los requisitos procedentes para su autorización y conlleva el retorno del extranjero. La decisión administrativa es adoptada por un agente del Cuerpo Nacional de Policía, que no autoriza a un extranjero el acceso al territorio nacional por los puestos fronterizos habilitados al efecto por considerar que no reúne los requisitos establecidos en la normativa de extranjería, en concreto, en los art. 26.2 y 60 de la LOEX, y desarrollado en detalle en el artículo 15 RLOEX. Recordamos que, en los casos de denegación de entrada, se establece la obligación de dictarse por resolución motivada, con información acerca de los recursos que puedan interponer contra ella, plazo para ello y autoridad ante quien deben formalizarlo, así como de su derecho a la asistencia letrada, añadiendo, tras su última

---

1569 Véase el apartado anterior sobre el rechazo en frontera de Ceuta y Melilla.

1570 Cuando hablamos de «extranjero» nos referimos siempre al ciudadano extracomunitario, pues el comunitario goza de un estatuto prácticamente idéntico al del nacional, salvo lo previsto en el art. 13.2 CE.

1571 El Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, en su Informe de 20 de junio de 2018 presentado al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el 38° período de sesiones, ya destacaba que «(…) En los últimos años se observa una priorización del regreso de las personas migrantes, en detrimento de alternativas como la regularización, la inclusión social o la ampliación de las vías ordinarias. Los Estados recurren cada vez más a operaciones de expulsión y conciertan acuerdos bilaterales y regionales de readmisión. En este contexto, con frecuencia se expulsa a migrantes en contra de los principios y normas internacionales de derechos humanos, entre los que se incluyen la prohibición de las expulsiones colectivas y el principio de no devolución. En general, los términos "devolución", "deportación", "expulsión", "repatriación" y "traslado" se utilizan indistintamente para describir el proceso de devolver o reenviar a personas a sus países de origen o de residencia habitual. Su denominador común es la falta de un verdadero consentimiento plenamente informado y válido. La eficacia de los programas de reintegración depende en gran medida del carácter voluntario de los regresos y, en última instancia, pueden contribuir a la reducción de las tasas de reemigración».

modificación, que la asistencia letrada podrá ser de oficio y que el alcance de la información se extenderá también al derecho a ser asistido de intérprete.

Por tanto, el supuesto de denegación de entrada no sería aplicable a los intentos de entrada ilegal, tal y como también ha entendido la Fiscalía General del Estado, en la ya citada Consulta 1/2001.

Por su parte, la expulsión es la decisión administrativa sancionatoria adoptada por el Delegado o Subdelegado del Gobierno frente a la comisión de determinadas infracciones administrativas en materia de extranjería. Llevaría aparejada la prohibición de entrada en España por un lapso temporal y precisaría de la tramitación de expediente administrativo de expulsión en el que se acredite la comisión del ilícito sancionable.

Cabe llamar la atención sobre la redacción dada por la LOEX en vigor, que venía a mejorar la antigua y criticada LOE, que contenía una alusión expresa a las expulsiones colectivas y que ha desaparecido de la regulación vigente.

Así el anterior artículo 36.2 y 3 establecía:

> «2. No será preciso expediente de expulsión para la devolución, por orden del Gobernador civil de la provincia, de los extranjeros que, habiendo sido expulsados, contravengan la prohibición de entrada en España, ni para aquellos que hayan entrado ilegalmente en el país, salvo en el supuesto contemplado en el artículo 4. º, 1. De la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado.
>
> 3. La instrucción y resolución de los expedientes de expulsión tendrá carácter individual, no pudiendo en consecuencia acordarse la expulsión de extranjeros con carácter colectivo».

Cabría preguntarse si la eliminación de este apartado 3 obedecería al incremento en la frecuencia de intentos de entradas masivas y en previsión de la posibilidad de agilizar procedimientos de devolución de extranjeros. Además, en este precepto, la figura de la devolución se aplicaba a dos supuestos distintos: a los que hubieran entrado ya ilegalmente y a los que hubieran quebrantado ya una prohibición de entrada anterior. Esto permitió a la Administración disponer de una medida de alejamiento de rápida tramitación y ejecución.

Las dos reformas legislativas que tuvieron lugar en el año 2000 introdujeron otro importante cambio en la redacción de los supuestos de la devolución: se sustituyó la expresión «entrada ilegal» por «pretender entrar ilegalmente» en España[1572]. Cabría entender que esta modificación, además de ampliar el ámbito de aplicación, se

[1572] Véase en global, MOYA MALAPEIRA, D., «La devolución de extranjeros en el ordenamiento jurídico español», *op.cit.*

concentraría ahora en los intentos no consumados de entrada en territorio nacional que incumplan los requisitos establecidos en los arts. 25 y 26 de la LOEX. Un sector doctrinal, abogaba por exigir al extranjero una intención *elusora* o defraudadora de los controles migratorios de entrada[1573], aunque este requisito, considerado por sí solo, introduciría un margen de discrecionalidad administrativa demasiado amplio, si no se exigieran además unos criterios objetivos[1574].

Si centramos la reflexión en las expulsiones colectivas, según la exposición realizada, cuando se trata de supuestos como aquellos que han lugar a las sentencias que analizaremos a continuación, relativas a intentos de entrada ilegales en el país, debería hablarse, por tanto, en puridad, de devoluciones colectivas y no de expulsiones colectivas. Observamos, además, que a pesar de no encontrar acomodo alguno legal expreso en nuestro ordenamiento, este tipo de devoluciones sin individualización ni procedimiento ajustado a Derecho, ha continuado siendo una práctica frecuente.

Tal es así que dicha conducta ha sido afeada por el Defensor del Pueblo en varias ocasiones. Así en la Recomendación 200/2013, de 27 de noviembre, formulada al Ministerio del Interior, además de la retirada de los alambres con cuchillas colocada sobre el vallado exterior en Melilla, instaba a:

«Impartir instrucciones a la Dirección General de la Guardia Civil con el fin de que se recuerde a todos los efectivos que prestan servicio en la frontera de la Ciudad Autónoma de Melilla que, cuando se intercepte a un extranjero cuyo propósito sea entrar irregularmente en España, la respuesta debe ser por parte de los agentes de la Guardia Civil la puesta a disposición del Cuerpo Nacional de Policía, para que se incoe el oportuno expediente administrativo previsto en la legislación de extranjería»[1575].

La citada Recomendación fue, sin embargo, rechazada[1576].

[1573] Para la legislación de 1985, Ferrer Peña afirmaba que el supuesto de entrada ilegal se definía precisamente por haber eludido los controles migratorios reglamentarios; cualquier circunstancia que permitiera acreditar que, aún sin la documentación y demás requisitos, la entrada había sido autorizada, incluso no debiendo serlo, convertía a esta en legal. Véase FERRER PEÑA, R., *Los derechos de los extranjeros en España,* Tecnos, 1989. Otros autores aceptaban el concepto objetivo de entrada ilegal, valorando la voluntad defraudadora del extranjero a efectos de determinar la responsabilidad del extranjero en la entrada ilegal. En esta línea se situaban Miquel Calatayud y Rodríguez Candela y García España, que sistematizaron los supuestos de entrada ilegal en función de los vicios de la misma. Véanse MIGUEL CALATAYUD, J.A., «Consideraciones sobre el Derecho Administrativo Sancionador operativo en el foro de la Extranjería», Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 37, 1994 y RODRÍGUEZ CANDELA, J.L. y GARCÍA ESPAÑA, E., …, *op.cit.*

[1574] Véase MOYA MALAPEIRA, D., «La devolución de extranjeros en el ordenamiento jurídico español», *op.cit.*

[1575] Véase la Recomendación 200/2013, de 27 de noviembre, formulada al Ministerio del Interior, sobre la retirada de la concertina colocada sobre el vallado exterior en Melilla, sustituyéndola por un mecanismo no cortante que dificulte el salto de la valla.

[1576] Véase el Informe anual del Defensor del Pueblo de 2014, p. 201.

Dando un paso más allá, podría plantearse incluso, tal y como sostuvo una parte de la doctrina, que:

«Las devoluciones colectivas además de ser ilegales, podían ser delictivas, ya que lesionan bienes jurídicos penalmente protegidos, no solo de naturaleza individual, sino, también, bienes jurídicos colectivos. Este es el caso del delito de prevaricación administrativa (art. 404 CP), que tutela el correcto desempeño de la función pública, con sometimiento de la actuación de la Administración a la Constitución, a las leyes y al Derecho (arts. 9, 103 y 106 CE), que es justamente lo que marca la diferencia entre el poder arbitrario y el Estado de Derecho. La obstinación en mantener la práctica de estas devoluciones sumarias en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla solo puede ser interpretada como la contumaz voluntad de no querer aplicar lo establecido en la legislación de extranjería y desobedecer la normativa internacional»[1577].

Sin embargo, no compartimos –al menos, no de manera estructural– este argumento, ya que el sistema penal, a través del delito de prevaricación administrativa, trata de sancionar la arbitrariedad de la autoridad o funcionario público, lo que es un plus diferente de la mera ilegalidad, y que es lo que entendemos que se está produciendo con este tipo de actuaciones[1578].

A raíz de la especial situación en la frontera hispano-marroquí y los frecuentes intentos de cruce irregular, el Gobierno español, lejos de impedir radicalmente este tipo de prácticas, optó por buscar una cobertura legal a las frecuentes «devoluciones en caliente» en la frontera de Ceuta y Melilla, lo que redunda en la tesis de la ausencia total de legalidad de las actuaciones que con frecuencia se venían llevando a cabo.

Así, a través de una enmienda a la Ley de Seguridad Ciudadana, con la finalidad de regular estas situaciones se planteó introducir una polémica modificación indirecta en la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero del 2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, a través de la Ley Orgánica 4/2015 de 30 de marzo de 2015 de protección de la seguridad ciudadana[1579]. Inicialmente, el texto que se propuso fue el siguiente:

[1577] Véase MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «"Expulsiones en caliente"…, *op.cit.*,

[1578] Auto de la Audiencia Provincial de Málaga 83/2015, de 7 de abril.

[1579] En vigor desde el 1 de abril de 2015, sobre la que el Tribunal Constitucional está pendiente de pronunciarse ya que Ciento catorce diputados de los Grupos Parlamentarios Socialista; IU, IPC-EUiA, CHA: la Izquierda Plural; Unión Progreso y Democracia; y Mixto interpusieron un recurso de inconstitucionalidad (RI2896/2015) contra la aprobación de la Ley 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, incluyendo la figura del rechazo en frontera, que está todavía pendiente de resolución. Los argumentos en que se fundamenta la impugnación son: (i) la vulneración del art. 23.2 CE de los diputados porque esa disposición fue introducía por la vía de enmienda sin conexión alguna con el Proyecto de Ley en que se incluye; y (ii) se instituye un nuevo régimen de devolución sin regular su procedimiento ni establecer una garantía de revisión judicial, con vulneración de los arts. 9.3, 24.1 y 106 CE.

«Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta y Melilla, intentando el cruce no autorizado de la frontera de forma clandestina, flagrante o violenta, serán rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España».

Sin embargo, a pesar del texto inicialmente planteado, que daba cobertura a prácticas de rechazo inmediato, la redacción finalmente aprobada difiere del texto inicial expuesto e introduce, al menos, como condición, el respeto a los derechos humanos, aunque instituye el rechazo en frontera para los casos de intentos de superación ilegal de la línea fronteriza de Ceuta o Melilla.

Ante este planteamiento se produjeron numerosas opiniones contrarias a dicha reforma de la LOEX, entre ellas la del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, Nils Muiznieks, quien, tras una visita a Melilla en enero de 2015, elaboró un informe en donde se mostraba contrario a introducir una reforma legislativa que permitiera expulsiones colectivas en las fronteras de Ceuta y Melilla[1580].

En el mismo sentido se expresó el Comité para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes del Consejo de Europa en el Informe publicado el 9 de abril de 2015, tal como señala el TEDH en la citada Sentencia de 3 de octubre de 2017:

«(...) el CPT recomienda que se den instrucciones claras a las fuerzas de seguridad españolas para que respeten plenamente el principio de no rechazo. Los inmigrantes que entran irregularmente en territorio español no deberían ser devueltos a la fuerza a Marruecos sin que se proceda previamente a una evaluación de aquellas personas que necesitan protección, que se analicen sus necesidades y que se adopten las medidas necesarias. Además, recomienda que se adopten medidas para asegurar que la legislación nacional sigue siendo conforme con el principio de no rechazo» (párr. 46).

[1580] En la Nota de prensa publicada el 16 de enero de 2015, tras su visita a España del 13 al 16 de enero de 2015, el Comisario expresó lo siguiente: «En España se examinan en la actualidad propuestas para modificar la ley de extranjería, que pretenden legalizar la devolución de los inmigrantes que llegan a Ceuta y a Melilla; estas propuestas contradicen claramente las normas de derechos humanos. Las autoridades españolas deberían reconsiderarlas y velar por que cualquier texto legislativo futuro sea plenamente conforme con las obligaciones internaciones de España, que consisten principalmente en garantizar el pleno acceso a un procedimiento de asilo efectivo, en aportar una protección contra el rechazo y en no proceder a expulsiones colectivas. El Comisario ha recordado que los Estados no deberían jamás derogar las garantías fundamentales en materia de derechos humanos, cualesquiera que sean las dificultades que la gestión de los flujos migratorios pueda plantear en ciertos contextos. «Las migraciones son indiscutiblemente una cuestión compleja, que requieren una respuesta europea conjunta, pero esto no exonera a los Estados de sus obligaciones. España tiene ciertamente el derecho a establecer sus propias políticas inmigratorias y de control fronterizo, pero también debe respetar sus obligaciones en materia de derechos humanos, y en concreto aquellas que le conciernen con arreglo al Convenio Europeo de Derechos Humanos y al Convenio de 1951 sobre el estatuto de los refugiados (…)».

A pesar de los diversos informes y voces en contra, finalmente se aprobó esta modificación en la LOEX, aunque, al ser posterior a los acontecimientos a los que se refieren los hechos de la demanda interpuesta en el asunto *N.D y N.T c. España*, no pudo ser invocada por la defensa del Gobierno en su respuesta a la citada demanda.

Finalmente, la disposición adicional décima, añadida por la antedicha Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, fue aprobada, tal y como hemos reproducido anteriormente, recogiendo un régimen especial para Ceuta y Melilla. Esta regulación parece constituir una especie de salvoconducto legal limitada al caso de los cruces irregulares de extranjeros en Ceuta y Melilla, a fin de impedir su entrada ilegal en España mientras intentan superar los elementos de contención para cruzar irregularmente la frontera. La inclusión de la garantía de respeto a la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional es tan genérica e imprecisa como redundante y ornamental, ya que la obligación de respeto a los derechos humanos conforme a lo dispuesto en los tratados internacionales ratificados por España es intrínseca a nuestro ordenamiento jurídico, contemplándose en el art. 10.2 de la propia Constitución.

ACNUR, en un comunicado de prensa hecho público el 23 de noviembre de 2015, destacó que:

«Tras la aprobación de dicha enmienda, ACNUR solicitó el cese inmediato y definitivo de las devoluciones automáticas y la puesta en marcha de un marco procedimental claro para la actuación de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado que incluya un mecanismo de identificación de personas en necesidad de protección internacional y su derivación al procedimiento de asilo. Asimismo, debería contemplar garantías fundamentales como la apertura de un expediente individual, asistencia legal, de intérprete y atención médica cuando sea necesaria y una explícita referencia al Principio de no devolución»[1581].

Pese a que han pasado ya algunos años desde su aprobación, este marco procedimental aún no se ha desarrollado realmente, aunque las devoluciones sumarias y colectivas están prohibidas por la legislación internacional y de la Unión Europea, ya que pueden exponer a las personas concernidas a situaciones de riesgo.

Posteriormente, en un comunicado de prensa hecho público el 27 de mayo de 2016, ACNUR reitera:

«La necesidad de poner fin de forma inmediata a esta práctica de las devoluciones automáticas y solicita la adopción de un procedimiento que incluya mecanismos de identificación

[1581] Disponible en https://arainfo.org/acnur-preocupado-por-la-devoluciones-en-la-valla-de-melilla/ [consulta: 06-06-2023].

que respeten los derechos humanos y aseguren el acceso al asilo de quienes huyen de la guerra y la persecución»[1582].

No podemos olvidar, además, que el propio TEDH ha afirmado que la gestión de los problemas migratorios no puede servir para justificar la utilización de prácticas incompatibles con las obligaciones de los Estados en virtud del Convenio de Roma[1583].

Con relación exclusivamente a este tipo de prácticas en la zona fronteriza, hay que considerar además otros instrumentos internos, como es el Protocolo de Actuación de control fronterizo de la Guardia Civil de 26 de febrero de 2014, que dice lo siguiente:

> «Con dicho sistema de vallado, existe la necesidad objetiva de determinar cuando la entrada ilegal ha fracasado o cuando se ha producido. Es necesario definir la línea que delimita, a los solos efectos del régimen relativo a los extranjeros, el territorio nacional: esta línea se materializa por la valla en cuestión. De esta forma, cuando los intentos de los inmigrantes en superar ilegalmente esta línea son contenidos y rechazados por las fuerzas de seguridad encargadas de la vigilancia de la frontera, se considera que no se ha producido ninguna entrada ilegal efectiva. No se considera que la entrada ha tenido lugar hasta que el inmigrante ha superado la citada valla interior, de modo que ha entrado en territorio nacional y que por tanto se le aplica el régimen relativo a los extranjeros (…)».

Este Protocolo fue objeto de recurso, si bien este fue finalmente inadmitido por tratarse de una actuación no normativa ni acto susceptible de recurso[1584], entra de lleno en el debate de la jurisdicción del Estado al que nos referiremos a continuación al exponer los argumentos de la demanda referida contra España por este tipo de prácticas, sin que ello exima en ningún caso de aplicar la normativa vigente y el respeto a los derechos humanos.

Cabe añadir que el acuerdo de readmisión referido entre España y Marruecos no es un escudo jurídico que permita excepcionar los procedimientos establecidos en la

---

[1582] Disponible en www.acnur.es/noticias/noticias-de-espana/2312-acnur-preocupado-por-las-devoluciones-en-lavalla-de-melilla [consulta: 06-06-2023].

[1583] Véase la STEDH 13 de febrero de 2020, caso *N.D. y N.T. c. España*, párr. 179.

[1584] El CEAR interpuso recurso frente a la resolución de la Dirección General de la Guardia Civil que aprobaba el Protocolo Operativo de Vigilancia de Fronteras ante el Juzgado Central de lo Contencioso administrativo núm. 9. El recurso fue inadmitido por Auto 107/2014, de 7 de noviembre, al considerar que constaba de modo «inequívoco y manifiesto haberse interpuesto el recurso contra actividad no susceptible de impugnación (…) por tratarse de actuación no normativa o resolución no publicadas, ni acto administrativo susceptible de recurso». La Sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 22 de abril de 2015 confirmó ese criterio, afirmándose que « [e]n el caso de autos, ni siquiera se trata de una instrucción o circular, porque el Protocolo no tiene por objeto regular aspectos organizativos de ningún órgano, sino establecer criterios dirigidos a los agentes de la Guardia Civil, en la misión de impedir la entrada ilegal de inmigrantes en territorio nacional, y en concreto en la jurisdicción de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla». Véase MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., «La vulneración de derechos en la frontera…», *op.cit.*

legislación de extranjería respecto de la decisión de entrega de ciudadanos extranjeros en situación irregular en territorio español. Además, el propio acuerdo establece una serie de obligaciones recíprocas para la ejecución de las entregas, como la identificación de las personas entregadas o la documentación personal y condiciones de su entrada ilegal[1585].

Finalmente, cabría plantearse la validez de introducir este tipo de salvedad solo respecto a aquellos extranjeros que pretendan acceder de manera irregular a través de Ceuta y Melilla. Así, en caso de hacer lo propio por otro puesto no habilitado del resto de la provincia, tendría un tratamiento distinto.

VII. PRONUNCIAMIENTOS MÁS RECIENTES DEL TEDH RELATIVOS A LA PROHIBICIÓN DE LAS «DEVOLUCIONES EN CALIENTE» O EXPULSIONES COLECTIVAS DE EXTRANJEROS: EL CAMBIO DE CRITERIO Y EFECTOS

A. El caso N.D y N. T contra España

El 13 de febrero de 2020, la Gran Sala del TEDH se pronunciaba, por unanimidad, sobre la revisión del caso de N.D y N. T contra España, dando un «sorprendente» giro al sentido del fallo inicial que había emitido la Sala tercera en 2017, igualmente por unanimidad. Se reabría así el debate inconcluso y nada pacífico sobre las expulsiones colectivas, conocidas como «devoluciones en caliente»[1586].

Estas prácticas resultan prohibidas por el artículo 4 del Protocolo n.º 4 del CEDH, entre otros instrumentos jurídicos, con distintos matices. Las circunstancias específicas que han motivado el último pronunciamiento del TEDH distan de otras situaciones incardinables bajo el precepto que, de modo genérico, prohíbe las expulsiones colectivas. Cabe analizar entonces cuáles son los supuestos que vulnerarían este precepto y que han motivado el cambio de sentido del fallo inicial del Tribunal. Para ello, es preciso comenzar estudiando las circunstancias y el contexto de este tipo de situaciones «frecuentes» en la frontera hispano-marroquí, qué otros supuestos de expulsiones colectivas de extranjeros existen y cómo se regulan, tanto en la normativa internacional

[1585] MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., «La vulneración de derechos en la frontera…», *op.cit.*

[1586] Véase LUCAS, Javier de, "El Derecho contra los derechos. Un comentario a la sentencia «N.D. y N.T. contra España» del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico, nº. 27, 2020, pp. 84-96.

como interna, para detenernos finalmente en un análisis jurídico detallado de los pronunciamientos del TEDH.

Los hechos que motivaron ambos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –especialmente el último por su firmeza y trascendencia a futuro en el ámbito de la política de control migratorio– se circunscriben temporalmente en agosto de 2014 y geográficamente en la división fronteriza hispano-marroquí, en concreto a la frontera de Melilla. Esta, junto con Ceuta, conforman los únicos enclaves de la Unión Europea en el continente africano, en una suerte de límite económico, geopolítico y religioso entre continentes, con la amenaza constante de desbordamiento por la difícil situación económica, los conflictos armados y la inestabilidad política que los rodean.

El último pronunciamiento hasta la fecha del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre España en materia de expulsión de extranjeros es de 13 de febrero de 2020, y tiene su origen en dos demandas interpuestas contra el Reino de España por parte de un ciudadano maliense, N.D, y otro marfileño, N.T, el 12 de febrero de 2015, en virtud del artículo 34 del CEDH. Los demandantes alegaron violación del artículo 3 y 13 del Convenio, del artículo 4 del Protocolo n.º 4 y del artículo 13 en relación con el artículo 4 del Protocolo n.º 4, es decir, y por lo que ahora nos atañe en cuanto a las expulsiones colectivas, argumentando principalmente que habían sido expulsados del territorio nacional, incumpliendo los preceptos citados, sin posibilidad de ser identificados, de alegar circunstancias individuales, ni de impugnar su rechazo mediante recurso alguno.

Los hechos se remontan al día 13 de agosto de 2014, cuando los demandantes salieron del campamento del Monte Gurugú (en donde llevaban viviendo más de un año) y trataron de entrar en España, junto con un grupo de subsaharianos de entre 70 y 80 personas a través del puesto fronterizo de Melilla, trepando las dos primeras vallas y, en el caso de la tercera, bajando con la ayuda de las fuerzas de seguridad españolas. Una vez en el suelo, fueron detenidos por miembros de la Guardia Civil, esposados y devueltos a Marruecos, sin proceso de identificación alguno, ni ser asistidos por abogados, intérpretes o médicos. Posteriormente, N.D logró entrar en España por el puesto fronterizo de Melilla (el 9 de diciembre de 2014) y devuelto a Mali el 31 de marzo de 2015 por orden de expulsión decretada contra él, tras solicitar protección internacional que fue finalmente denegada el 26 de marzo de 2015. Por su parte, N.T fue objeto de orden de expulsión decretada el 7 de noviembre de 2014 y confirmada el 23 de febrero de 2015, una vez desestimado el recurso de alzada contra la misma.

Tras el primer fallo del Tribunal de Estrasburgo que emitió la Sala tercera el 3 de octubre 2017, que condenaba por unanimidad a España por violación del artículo 4 del

Protocolo n.º 4 y del artículo 13 en relación con el artículo 4 del Protocolo n.º 4, fue sometido dicho pronunciamiento a revisión por parte de la Gran Sala.

Sin embargo, y frente «a todo pronóstico», el pronunciamiento definitivo, emitido el 13 de febrero de 2020, daba un giro completo al sentido del fallo inicial. Así, si el TEDH en su primer pronunciamiento había apostado por una defensa sin fisuras de los derechos humanos protegidos en el Derecho internacional, en línea con la jurisprudencia consolidada del propio Tribunal, con el objetivo de impedir que los Estados puedan expulsar extranjeros sin antes examinar sus argumentos en contra de la medida adoptada por la autoridad competente, el segundo pronunciamiento sobre el caso de N.D. y N.T, da un giro radical a su postura inicial y también por unanimidad, declara que tal violación de los preceptos indicados no se había producido.

Los preceptos que aquí nos atañen en cuestión son el artículo 4 del Protocolo n.º 4, que dispone que «quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros»; así como el artículo 13 del Convenio, en relación con el artículo 4 del Protocolo n.º 4, según el cual:

«Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales».

Es preciso cuestionarse por qué en un principio el Tribunal consideró unánimemente que los hechos constituyeron una expulsión colectiva, y, por tanto, una violación del artículo 4 del Protocolo n.º 4, y, posteriormente, en su Sentencia de 2020, también de forma unánime, afirma que no se produjo dicha violación, anulando la condena a España. La Gran Sala cambiaba así radicalmente sus argumentos, ponderando ahora unas circunstancias concretas que analizamos a continuación, a nuestro entender, mediante una alambicada interpretación y haciendo una pirueta jurídica argumental, ya que, aunque no cuestiona la calificación de los hechos como expulsión colectiva, entiende ahora que no hubo violación de los preceptos que la prohíben.

Para comprender el argumento jurídico que da lugar al fallo final es preciso analizar los elementos clave en el razonamiento jurídico, comenzando con un breve recordatorio de los antecedentes en los pronunciamientos del propio Tribunal relacionados con la violación de este precepto sobre las expulsiones colectivas.

Con anterioridad al primer pronunciamiento de 2017, el TEDH había considerado la violación del artículo 4 del Protocolo n.º 4 solamente en seis asuntos. En cuatro de ellos, las expulsiones afectaban a individuos con el mismo origen[1587].

En el primer asunto, *Čonka c. Bélgica*, se trataba de una familia romaní proveniente de Eslovaquia, que, una vez llegada a Bélgica, había solicitado asilo alegando que había sido objeto de ataques racistas en Eslovaquia, donde vivía. Las solicitudes no se admitieron y los miembros de la familia fueron detenidos y deportados, en lo que el Tribunal consideró una expulsión colectiva que no tuvo en consideración suficiente las circunstancias individuales ni las peticiones de protección internacional. Por tanto, en este caso, se trataba de solicitantes de protección internacional o, más bien, un supuesto de *non refoulement.*

Los siguientes tres asuntos, *Georgia c. Rusia*, *Shioshvili y otros c. Rusia*, y *Berdzenishvili y otros c. Rusia*, versaban sobre nacionales georgianos residentes en territorio ruso y, por tanto, no era un supuesto de intento de entrada ilegal. Los georgianos fueron detenidos en un contexto de relaciones políticas «complejas» entre ambos países, bajo la alegación de irregularidades en la documentación de los sujetos y, finalmente, fueron deportados.

En los otros dos asuntos, los emblemáticos *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* y *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, la violación declarada se refería a la devolución de todo un grupo de personas (inmigrantes y solicitantes de asilo, sin hacer distinción alguna) que se había efectuado en ausencia de una comprobación previa, en debida forma, de la identidad de cada uno de los miembros del grupo y en otras circunstancias.

En el caso N.D y N.T, coincide el Tribunal en que efectivamente se produjo una expulsión colectiva, entendiendo por tal:

«Toda medida que compele a unos extranjeros, en tanto que grupo, a abandonar un país, salvo en los casos en que tal medida se toma al término y en base a un examen razonable y objetivo de las circunstancias particulares de cada uno de los extranjeros que forman el grupo» (párr. 98)[1588].

Deja zanjada así la objeción preliminar esgrimida por España, según la cual no se trató de una expulsión, puesto que no habían entrado todavía en territorio español y por tanto estaban fuera de su jurisdicción. El Gobierno español alegaba que no pudieron expulsar a quien no estaba dentro aún de su territorio, por lo que defendía que se trataba de un rechazo en frontera, lo que les habilitaba para luchar contra los intentos de entrada

[1587] Véanse las SSTEDH de los asuntos *Čonka c. Bélgica*; *Georgia c. Rusia*; *Shioshvili y otros c. Rusia*; *Berdzenishvili y otros c. Rusia*.

[1588] El TEDH se remite aquí a sus Sentencias en los asuntos *Khlaifia y otros c. Italia*, págs. 237 y ss., y *Georgia c. Rusia*, págs. 167 y ss., entre otras.

ilegal en su territorio y, por tanto, quedaban fuera del ámbito del CEDH y de la jurisdicción del TEDH.

El Tribunal, a mi entender con buen criterio, recordó en principio que «las dificultades en la gestión de los flujos migratorios o en la acogida de los demandantes de asilo no pueden justificar el recurso, por parte de los Estados, a unas prácticas incompatibles con sus obligaciones convencionales» (párr. 83).

Entrando en el concepto de expulsión y de jurisdicción, el TEDH, incluso considerando el Derecho internacional aplicable y los acuerdos celebrados entre los Reinos de Marruecos y de España que conciernen al establecimiento de las fronteras entre estos dos Estados, entiende que «no es necesario establecer si la valla fronteriza levantada entre Marruecos y España se sitúa o no en territorio de este último Estado», ni si los extranjeros han sido rechazados antes de entrar o han sido expulsados después de entrar. Se limita a recordar, tal y como como ya lo ha dejado asentado en el pasado, que desde el momento en que hay un control efectivo de las autoridades de un Estado, pueden entenderse bajo su jurisdicción en el sentido del artículo 1 del Convenio. De esta forma, «en opinión del TEDH, desde el momento en que los demandantes descendieron de las vallas fronterizas, se encontraron bajo el control continuo y exclusivo, al menos, de facto, de las autoridades españolas» (párr. 54).

Por tanto, sí se puede imputar la acción al Estado, ya que los demandantes se encontraban bajo su jurisdicción, entendiendo además que hubo expulsión como un acto que obliga al extranjero a salir del territorio del Estado, sin entrar a valorar ahora las posibles diferencias entre devolución o expulsión, ya que a los efectos del fallo, en este caso, el resultado es el mismo. Para reforzar este argumento, el TEDH recuerda que, según la Comisión de Derecho Internacional, la expulsión se debe interpretar como «n acto jurídico o un comportamiento, atribuible a un Estado, por el cual un extranjero es compelido a abandonar el territorio de ese Estado».

Tampoco hay duda respecto de la calificación de dicha expulsión como «colectiva». Según la reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no es necesario que se trate de un número concreto de personas para considerar como colectiva una expulsión, ni que pertenezcan a la misma nacionalidad; lo que se valora es si la decisión de expulsión se fundamenta en las circunstancias personales y concretas de cada caso o no. En este supuesto, en el que los demandantes formaban parte de un grupo de entre setenta y cinco y ochenta inmigrantes, las medidas de expulsión se tomaron en ausencia de cualquier examen o decisión administrativa o judicial previa individualizada, al margen de que ni siquiera fueron objeto de ningún procedimiento de identificación por parte de las autoridades españolas. Por tanto, lo esencial no es el

número de personas, ni siquiera lo es que se tomen decisiones de expulsión similares para un grupo de extranjeros, sino que lo decisivo es si ha habido o no un examen particular de cada individuo del grupo (párr. 203).

En estas circunstancias, el Tribunal, en ambos fallos, considera que no hay duda alguna de que se trató de una expulsión colectiva. Sin embargo, mientras en su primer pronunciamiento entendía que era una práctica contraria al artículo 4 del Protocolo n.º 4, la Gran Sala introduce en su segundo pronunciamiento un nuevo razonamiento, considerando ahora que no ha habido vulneración del citado artículo. Lo cierto es que la razón para argumentar tal decisión no es novedosa, ya que había sido utilizada previamente, y se centra en que la ausencia de una decisión de expulsión individualizada es una consecuencia de la conducta culpable de los propios demandantes (párr. 200).

Para su justificación, cita dos supuestos anteriores en los que la falta de colaboración activa de los extranjeros fue lo que determinó que no se considerase al Estado responsable de no haber examinado individualmente las solicitudes de los apelantes.

El primero de los casos citados como ejemplos de falta de cooperación de los solicitantes, *Berisha y Haljiti contra la Antigua República Yugoslava de Macedonia*, se refería a un matrimonio, conformado por marido y mujer, que presentó una única demanda de asilo conjunta, que fue rechazada sin una decisión individualizada, puesto que ellos no habían presentado una demanda individual, sino conjunta[1589]. Por tanto, la decisión fue conjunta y así lo fue también la expulsión. No obstante, en este caso hubo un procedimiento en el que tuvieron oportunidad de decidir si planteaban la decisión de modo conjunto o individual. El Tribunal consideró la demanda inadmisible y manifiestamente infundada, no entendiendo por tanto en ese caso la existencia de una expulsión colectiva de las prohibidas por el artículo 4 del Protocolo n.º 4.

El segundo de los ejemplos mencionados es el asunto *Dritsas y otros c. Italia*, donde un grupo de manifestantes griegos fue detenido en Ancona y obligado a volver a Grecia[1590]. El Tribunal consideró la demanda de expulsión colectiva inadmisible, ya que los propios solicitantes se negaron a identificarse individualmente. Esto es, tuvieron la oportunidad de hacerlo en ese momento y bajo esas circunstancias, pero debido a su negativa no se pudo proceder a un procedimiento individualizado de expulsión.

Con respecto a estos casos a los que se remite la Gran Sala, donde se aprecia la conducta culpable de los apelantes y la falta de colaboración para justificar la ausencia de

[1589] Véase la Decisión de admisibilidad del TEDH de 16 de junio de 2005, *Berisha y Haljiti c. la Antigua República Yugoslava de Macedonia.*
[1590] Véase la Decisión de admisibilidad del TEDH de 1 de febrero de 2011, *Dritsas y otros c. Italia.*

examen individualizado la decisión de expulsión, cabe preguntarse si es posible encontrar una semejanza o fundamento apropiado extrapolable para el caso de N.D y N. T. Bajo mi punto de vista, y desvelando la respuesta antes que el razonamiento, esta perspectiva no es acertada por parte del Tribunal.

En el caso objeto de estudio, el Tribunal, para justificar su argumento, entiende que los apelantes, que llevaban más de un año viviendo en el monte Gurugú, podían haber utilizado las vías legales para intentar atravesar la frontera o solicitar protección, si fuera el caso, en los puestos habilitados, incluso en los consulados españoles, como el de Nador, a poco más de 13 km de la valla de Melilla que intentaron traspasar, o podían también haber solicitado visado ante las embajadas de España en sus países de origen o de tránsito. Los demandantes no alegaron tampoco que tratasen de entrar en territorio español alguna vez por medios legales. Solo declararon que habían intentado acercarse a Beni Enzar, el puesto fronterizo, pero habían sido «perseguidos por oficiales marroquíes».

El argumento de la dificultad de acceso a las salas de asilo de la frontera como justificación para ni siquiera haber intentado solicitar dicha protección no convenció a la Gran Sala. Por otro lado, tampoco se demostró una situación de imperiosa necesidad o de emergencia que no les dejara otra salida que franquear de manera ilegal la frontera (circunstancia esta que específicamente contempla el art. 5 del Código Shengen, relativo a situaciones de emergencia).

El Tribunal aprecia también que los apelantes se pusieron ellos mismos en peligro al aprovechar la avalancha de personas que intentaba atravesar la valla usando la fuerza y creando una situación difícil de controlar que ponía en peligro la seguridad pública (párr. 201). Consecuentemente, el fallo considera, y este es su argumento central, que la falta de decisión individual y, por tanto, la expulsión de manera colectiva, puede ser atribuida en este caso al hecho de que los demandantes no hicieron uso de los procedimientos de entrada oficiales existentes al efecto, responsabilizándolos de su propia conducta y de que no se haya seguido un procedimiento individualizado. Por todo ello, la Gran Sala falla por unanimidad que no se ha producido una violación del artículo 4 del Protocolo n.º 4.

Desde mi punto de vista, no puede dejar de sorprender el argumento de «la hipótesis de la inversión de la responsabilidad» que utiliza el Tribunal como base para interpretar el artículo 4 del Protocolo n.º 4, entendiendo que los demandantes podrían haber obtenido un procedimiento individualizado de haber utilizado las vías legales de entrada, pero que, al entrar de manera ilegal, este no pudo llevarse a cabo, trasladando así el foco de la responsabilidad de actuación del Estado a los demandantes.

Ante tal razonamiento, solo podemos manifestar nuestro asombro, ya que, en primer lugar, la conducta que determina si existe vulneración de la citada norma es la del Estado. El sujeto responsable del mandato contenido en el precepto no es otro que el Estado que realiza o no una determinada conducta. En este caso es evidente su responsabilidad, ya que efectivamente se produjo tal acción. En definitiva, no deja de sorprender que el fallo de la Gran Sala se centre en la conducta de los demandantes, cuando la conducta juzgada es la del Estado responsable.

En segundo lugar, la «propia conducta» a la que se refiriere el Tribunal, en relación a las actuaciones de los demandantes, debería ser solo la efectivamente llevada a cabo (tal y como se ha contemplado en los ejemplos que cita el Tribunal) y no remitirse, para su valoración, a la actuación hipotética o que hubiera debido adoptarse, como es la utilización de las vías legales de entrada, pues lo que se juzga son los hechos concretos y no la conducta no realizada y que debería haberse contemplado.

¿Los demandantes podían haber atravesado legalmente por los puestos habilitados? Sí, ya que existía dicha posibilidad, incluso existía la opción de solicitar protección internacional, en el caso de que la necesitaran, pues, a pesar de las dificultades que alegaron, era algo factible, tal y como demuestran los datos pertinentes al efecto. Así, en 2014, 10 marfileños solicitaron protección internacional en puesto fronterizo, y 18 a través de embajadas y consulados. En el caso de los malienses, fueron 4 solicitudes las registradas en puesto fronterizo. Si bien cabe recordar que ese año, en total fueron 620 los ciudadanos procedentes de Mali que solicitaron protección internacional en España, ocupando el tercer puesto en solicitudes por nacionalidad. Por lo tanto, aunque difícil, no era imposible[1591].

Por otro lado, en el caso concreto, ¿aprovecharon las circunstancias del cruce ilegal en grupo a través de la valla de Melilla? La respuesta también ha de ser afirmativa, añadiendo además un componente de cierta violencia empleada al intentar traspasar la barrera fronteriza.

Continuando con las cuestiones planteables en este caso, ¿se negaron los demandantes a identificarse o a colaborar en un expediente individualizado? ¿Rechazaron instar una reclamación o petición individual, como para considerar que fue su propia conducta la que impidió un examen individual de cada caso? La respuesta es rotundamente no. Y tampoco manifestaron su intención de solicitar protección internacional en ese momento (cuestión importante y a la que nos referiremos más adelante).

[1591] Datos procedentes de las estadísticas del Ministerio de Interior.

Por tanto, desde mi punto de vista, resulta forzada la interpretación de la Gran Sala al considerar que no se ha vulnerado este precepto primando el argumento genérico de la «propia conducta de los demandantes» para justificar la ausencia de un procedimiento individualizado, haciendo una interpretación del artículo 4 del Protocolo n.º 4 que introduciría nuevos criterios y requisitos que pueden generar dificultades innecesarias en su aplicación futura.

B. Valoración y otras posibles soluciones planteables

En mi opinión, resulta muy difícil, con el ordenamiento jurídico actual, justificar como hace la Gran Sala la ausencia de culpabilidad del Estado, manteniendo a la vez la existencia de una «expulsión colectiva», por un lado, y la no vulneración del precepto que lo prohíbe, por otro.

Y todo ello, sin haber incidido con más énfasis en otros argumentos, como la defensa de las fronteras de los Estados o el peligro para la seguridad nacional generado en el intento violento de cruce ilegal de un grupo de personas. Ya que si lo que se pretendía era evitar un posible «efecto llamada» en caso de haberse confirmado la condena al Estado español, debería primero apuntalarse un armazón jurídico unívoco que ampare cualquier pronunciamiento judicial, y que en este caso no encontramos. De este modo, se aseguraría el respeto a los derechos humanos sin dejar grietas interpretativas.

Así, para entender que es aplicable el artículo 4 del Protocolo n.º 4 debería incluirse en el precepto un supuesto específico para aquellos intentos de cruces ilegales de fronteras que no estén motivados por situaciones de emergencia y que pongan en peligro la seguridad o la salud pública, con las salvedades oportunas para los solicitantes de protección internacional y el respeto al principio de *non refoulement*, recogiendo un procedimiento específico y sumario para estos casos que precisan rapidez de respuesta, pero manteniéndose unas garantías mínimas de respeto a los derechos humanos. De otro modo, resulta difícil entender la base legal de un pronunciamiento que confirma la existencia de una expulsión colectiva, pero sin vulneración por parte del Estado del precepto citado que la contempla.

Asimismo, no se ha contemplado en el fallo que, en el contexto específico de los intentos de entrada ilegales, no sería aplicable este precepto. Este argumento es especialmente coherente considerando los debates de los trabajos preparatorios del Comité de Expertos encargados de la elaboración del Protocolo nº 4, a los que conviene acudir, ya que el escueto artículo 4 puede arrojar dudas en su interpretación.

Así, de acuerdo al artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, respecto a la regla general de interpretación de los mismos:

> «1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
>
> 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos (…)».

El artículo 32 añade:

«Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31(…)».

Acudiendo por tanto a los trabajos preparatorios relativos al artículo 4, vemos como, en un primer momento, se consideró incluir una provisión o excepción a este precepto basándose en motivos de seguridad nacional. No se introdujo finalmente, debido a las dudas que suscitaba a la hora de asegurar la imparcialidad del Estado cuando este era responsable de examinar la entrada del extranjero y al mismo tiempo de determinar la situación forzosa de seguridad nacional que obligase a su expulsión (convirtiéndolo en juez y parte).

A pesar de que quedase excluida dicha prevención en el precepto aprobado, el espíritu de la misma planea sobre la posibilidad de consagrar la protección frente a expulsiones colectivas de extranjeros, pero reconociendo que cada Estado es competente para, de acuerdo a su normativa interna, modular la posible expulsión de los extranjeros por razones de peso de seguridad nacional, sin que tal decisión estuviera sometida al control de los órganos de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Quizá, a raíz del debate surgido alrededor de esta sentencia, podría sugerirse una nueva redacción del precepto en este sentido, para así evitar las dudas de interpretación y poder cumplir con el mismo sin vacíos legales, especialmente considerando situaciones futuras.

Otro de los argumentos, que también se menciona en la Sentencia de 2020 es el hecho de que España pertenece al Acuerdo Schengen y, por tanto, le es aplicable el Código de fronteras, cuyo artículo 4, vigente en el momento en que se produjeron los hechos, establecía claramente respecto al cruce de las fronteras exteriores que «las fronteras exteriores sólo podrán cruzarse por los pasos fronterizos y durante las horas de

apertura establecidas. Las horas de apertura estarán indicadas claramente en todo paso fronterizo que no esté abierto las 24 horas del día».

Asimismo, en la actualidad, el art. 13.1 del vigente Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras, dispone, sobre el cruce ilegal de fronteras:

«La vigilancia de las fronteras tiene por objeto principal impedir el cruce no autorizado de la frontera, luchar contra la delincuencia transfronteriza y adoptar medidas contra las personas que hayan cruzado la frontera ilegalmente. Toda persona que haya cruzado una frontera ilegalmente y que no tenga derecho de estancia en el territorio del Estado miembro de que se trate será detenida y sometida a unos procedimientos conformes a la Directiva 2008/115/CE».

Esta última Directiva, ya referida en capítulos anteriores como la Directiva de Retorno, resulta aplicable a los nacionales de terceros Estados que se encuentran ilegalmente en el territorio de un Estado. Para aquellos que intenten cruzar o entrar de manera irregular, contiene una previsión según la cual los Estados miembros podrán decidir no aplicar los procedimientos previstos en este instrumento jurídico. En concreto, su artículo 2.2.a), permite su inaplicación a:

«A los que se deniegue la entrada con arreglo al artículo 13 del Código de fronteras Schengen, o que sean detenidos o interceptados por las autoridades competentes con ocasión del cruce irregular de las fronteras exteriores terrestres, marítimas o aéreas de un Estado miembro y no hayan obtenido ulteriormente una autorización o derecho de estancia en dicho Estado miembro».

De la redacción de la Directiva parece inferirse también un tratamiento diferenciado para los extranjeros que intenten cruzar de manera irregular, dando la posibilidad a los Estados miembros de contemplar un procedimiento simplificado en el caso de devoluciones de nacionales de terceros Estados que sean interceptados cruzando la frontera de manera irregular. Así lo ha interpretado también el TJUE en recientes pronunciamientos sobre la aclaración de la interpretación dada a este precepto.

Sin embargo, esta previsión no otorga una patente para la ausencia del respeto a las garantías mínimas de aquellos que crucen de manera irregular, como añade el artículo 4.4 de la misma Directiva. Este artículo especifica que, respecto a los excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva con arreglo al artículo 2.2, a), los Estados miembros:

> «a) se asegurarán de que el trato y el nivel de protección no sean menos favorables que los establecidos en el artículo 8, apartados 4 y 5 (limitaciones al recurso a medidas coercitivas), el artículo 9, apartado 2, letra a) (aplazamiento de la expulsión), el artículo

14, apartado 1, letras b) y d) (asistencia sanitaria urgente y toma en consideración de las necesidades de las personas vulnerables) y los artículos 16 y 17 (condiciones del internamiento), y

b) respetarán el principio de no devolución».

Por tanto, según la redacción de estos preceptos, en virtud de las obligaciones contraídas como miembro de la UE, así como parte del Acuerdo Schengen, se podría entender la posibilidad de contemplar una vía diferenciada en caso de entrada ilegal, pero respetando, en todo caso, unas garantías mínimas aplicables y de respeto a los derechos humanos.

C. Propuesta de soluciones

En todo caso, por todas las razones expuestas, no podemos compartir en esta ocasión la solución dada por la Gran Sala, y consideramos que hubieran sido más adecuadas otras soluciones que humildemente pasamos a plantear.

Es preciso traer a esta cuestión que, como recuerda la Audiencia Provincial de Málaga, en el Auto 83/2015:

«El sistema de extranjería forma parte de las competencias exclusivas del Estado inherentes al principio de soberanía territorial, siendo facultad de cada Estado, a través de su ordenamiento jurídico interno, regular la entrada y estancia de los extranjeros en su territorio y adoptar las medidas o procedimientos de control que estime necesarios».

Dicho principio también se identifica en el art. 4.3 TUE, según el cual la Unión «respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional», añadiendo que, «en particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro».

Tampoco debemos olvidar, como subraya el referido Auto, que:

«El Derecho Internacional impone unos límites a las leyes nacionales sobre inmigración que están vinculados al respeto de la dignidad de los seres humanos y vienen fijados en los Tratados Internacionales, en especial, la Convención de Ginebra de 1951, el protocolo de 1967 sobre el estatuto de los refugiados, los tratados internacionales relativos a la extradición, el tránsito, la readmisión de los nacionales extranjeros y el asilo, en particular, el Convenio de Dublín (Convenio de 1990), y el Convenio Europeo de los Derechos Humanos de 1950».

Considerando todo lo anterior, en primer lugar, la demanda debería haberse planteado de modo más certero en el ámbito interno –solución menos mediática pero más lógica– pues se trataba de un supuesto incardinable en la vulneración de la normativa interna en materia de extranjería, debiendo alegarse la infracción de la normativa correcta, más allá de centrarse en denunciar una presunta prevaricación por parte del responsable del operativo, tal y como se intentó sin éxito. Esta afirmación iría en línea con el propio art. 35.1 CEDH, que exige el agotamiento de las vías de recurso internas[1592]. Precepto que, de acuerdo a la *Guía práctica sobre la admisibilidad del TEDH*, debe tenerse en consideración, entendiendo, por un lado, que «los demandantes están únicamente obligados a agotar las vías internas de recurso disponibles y efectivas, tanto teóricamente como en la práctica, en el momento de los hechos, es decir, cuando fueran accesibles, susceptibles de ofrecerles la reparación de sus quejas y existieran razonables perspectivas de éxito»[1593].

Por otro lado, se entiende que la dispensa de la obligación de agotar las vías internas de recurso disponible «se aplica cuando está probada una práctica administrativa consistente en la repetición de actos prohibidos por el Convenio y la tolerancia oficial del Estado, de modo que cualquier procedimiento sería vano o inefectivo» o «si, en un supuesto concreto, exigirle al demandante que plantee un recurso sería en la práctica irracional y constituiría un obstáculo desproporcionado para el ejercicio eficaz de su derecho de recurso individual (…)»[1594]. En este caso, sin dejar de reconocer las evidentes dificultades existentes para los demandantes, entendemos que sí podían haber recurrido a la vía interna, incluso si se encontraban fuera de España, ya que así lo contempla la propia LOEX.

No podemos compartir tampoco que cualquier procedimiento intentado haya sido inefectivo en el sentido de la imposibilidad del recurso a la vía interna, cuando es evidente que las vías utilizadas hasta la fecha no han tenido éxito, más bien, por la incorrección en la elección del modo de oposición que por la imposibilidad de defensa por vía interna. Así, tal y como hemos adelantado, una de las vías empleadas fue la acusación del delito de prevaricación al responsable de una operación de «devolución en caliente», que finalmente no prosperó. Otra de las vías utilizadas ha sido la impugnación de un protocolo de actuación o una orden de servicio, la cual, al no tener consideración de disposición general, también fue descartada por el órgano judicial encargado de resolver tal impugnación.

[1592] Cabe decir que el artículo 4 del Protocolo n.º 15 de enmienda al CEDH, hecho en Estrasburgo el 24 de junio de 2013 (en vigor desde el 1 de agosto de 2021), ha modificado el plazo establecido de 6 a 4 meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva.
[1593] CONSEJO DE EUROPA/TEDH, *Guía práctica sobre la admisibilidad*, 2014, párr. 68.
[1594] *Ibid*, párr. 75.

Asimismo, encontramos ejemplos del ámbito judicial español señalando prácticas en las fronteras que no respetan la normativa en materia de extranjería, por lo que entendemos que es posible reclamar la ilegalidad de este tipo de actuaciones ante los tribunales españoles, si bien, a nuestro entender, la vía más indicada sería la nulidad del acto administrativo, no la prevaricación. Así lo entendió la Audiencia Provincial de Málaga en el citado Auto 83/2015, al afirmar que:

«Constituye una decisión contraria a Derecho, en cuanto prescinde absolutamente de los procedimientos legales previstos, ya sea expulsión, devolución o denegación de entrada, al tiempo que ignora las garantías que asisten a los extranjeros en caso de expulsión, entendida en sentido amplio, esto es, asistencia letrada y, en su caso, intérprete, así como derecho a un recurso efectivo, y, priva o limita gravemente el derecho a solicitar asilo».

Por ello entendemos que estaríamos ante un supuesto de nulidad de pleno derecho del artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, según el cual, se consideran nulos de pleno Derecho, entre otros, los actos «que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional», «los dictados por órgano manifiestamente incompetente» y «los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento». Circunstancia esta última que se produjo en el asunto objeto de estudio, prescindiendo del procedimiento establecido, ya que, de modo evidente, se incumplió con lo dispuesto en el artículo 58.3 de la LOEX y 23 del Reglamento, donde se determina la obligación de conducir a los extranjeros que intenten entrar ilegalmente en España, con la mayor brevedad posible, a la correspondiente comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, para que pueda procederse a su identificación y, en su caso, a su devolución. Asimismo, el extranjero respecto del cual se sigan trámites para adoptar una resolución de devolución tendrá derecho a la asistencia jurídica, así como a la asistencia de intérprete, si no comprende o habla las lenguas oficiales que se utilicen. Ninguna de estas previsiones se respetó.

Igualmente, podría recordarse que, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional, la omisión del trámite de audiencia debe comportar la nulidad de la orden de devolución por ausencia de los trámites esenciales del procedimiento y por provocar la indefensión del extranjero. El Tribunal Constitucional ha circunscrito la omisión del trámite de audiencia en el procedimiento administrativo como vulneración del art. 24 CE a los procedimientos sancionadores[1595], lo cual permite también extenderlo a los procedimientos limitativo de derechos. Al menos, esa parece ser la línea seguida por el TS en otras ocasiones[1596]. Siguiendo a Requero Ibáñez, que ha reconocido la esencialidad

[1595] Véase el ATC 275/1988, de 29 de febrero.
[1596] Véase, por ejemplo, la STS 11 de abril de 1995.

del trámite de alegaciones o audiencia para las expulsiones sumarias, entendemos que el mismo razonamiento debería extenderse también a la devolución[1597]. Por otro lado, y considerando que la única garantía procedimental del proceso de devolución que aparece establecida en el art. 58 LOEX en el caso de intento de cruce ilegal es la exigencia de que la decisión parta de la autoridad gubernativa competente para la expulsión, regulándose el resto de garantías en el art. 23.3 del RLOEX, podría considerarse la adecuación de incluir todas estas garantías en una normativa de rango de ley.

Dicho lo anterior, debería haberse acudido a la vía interna utilizando un cauce adecuado para ello, aunque compartimos también la opinión, ya manifestada por algún otro autor, de la necesidad de incluir claramente en la LOEX una mención específica para estos supuestos de rechazo en frontera sobre personas que puedan ser merecedoras de una especial protección en atención a su situación de vulnerabilidad, para posibilitar el ejercicio del derecho de formalizar una petición de asilo o de protección internacional subsidiaria y/o recibir cualquier tratamiento adecuado a una eventual situación de vulnerabilidad.

Sobre este aspecto también debería incidirse, ya que la disposición adicional décima se refiere a la formalización de estas peticiones de protección internacional en los lugares habilitados. Pues bien, entendemos que si bien la formalización debe realizarse como está previsto, al menos la manifestación de petición «informal» de protección, debería ser considerada o permitida también cuando así se haya expresado en la línea fronteriza incluso en un puesto no habilitado, distinguiendo entre manifestación y formalización.

D. Otras posibles soluciones

Otra posible solución hubiera sido que el TEDH decidiese no volver a examinar la demanda, entendiendo que no estaba justificado proseguir con el examen de la misma, tal y como permite el artículo 37.1. c), en base a «cualquier otro motivo verificado por el Tribunal».

Esta era la posición defendida por el Juez Pejchal en su voto particular, pues el hecho de haber intentado escalar la valla no solo iba en contra de la normativa interna española, sino también de la normativa internacional sobre fronteras. En su opinión, habría que interpretar el último párrafo del apartado primero del citado artículo 37, que conmina al Tribunal a continuar el examen de la demanda si así lo exige el respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio y sus protocolos, considerando las

[1597] Véase REQUERO IBÁÑEZ, J.L., *Extranjería y refugio: práctica contencioso administrativa, op.cit.*

circunstancias de este caso concreto de ilegalidad de traspaso de fronteras, más focalizado en la defensa de las fronteras ante el intento de cruce ilegal.

Por otro lado, este mismo juez apunta a que los demandantes, que no manifestaron su intención de continuar la demanda durante toda la duración del proceso, eran ciudadanos de dos Estados africanos que no pertenecían al Consejo de Europa ni habían firmado tampoco el Convenio ni sus Protocolos. De esta forma, si querían reclamar una situación de tratos inhumanos por sus respectivos países, o la protección de sus derechos incluso en el ámbito del Derecho internacional, podían haber apelado a la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul) que, además, como recuerda el citado juez, señala en su artículo 29 una serie de deberes que deberían haberse cumplido. En cualquier caso, remarca que, en el supuesto de huir de una situación de peligrosidad de sus respectivos países, podían haber acudido a la Corte Africana de Derechos Humanos una vez en Marruecos, que es considerado internacionalmente como un país «seguro».

Sin embargo, en este punto vamos a poner de manifiesto la opinión del CEAR cuando, en un Informe de 2015, advertía precisamente que el Reino de Marruecos, a pesar de haber ratificado los principales instrumentos internacionales en materia de protección internacional, no ha desarrollado hasta la fecha un sistema de asilo efectivo que ofrezca protección a las personas refugiadas[1598]. En ese año, además, las lagunas y carencias del desarrollo normativo en materia de protección internacional fueron especialmente graves y preocupantes. Tal como señala el CEAR:

«Ni el Real Decreto 5-57-1256 sobre protección de los refugiados ni la Ley 02- 03 contemplan aspectos relativos al procedimiento de solicitud ni a la forma en la que la instrucción de casos de asilo debe realizarse. Estos graves vacíos normativos ponen de manifiesto las carencias del sistema que desde la firma y ratificación por parte de Marruecos de la Convención de Ginebra se ha mostrado completamente ineficaz»[1599].

Por otro lado, el Tribunal podría no haber admitido la demanda, en los términos en los que se expresó el Juez Koskelo en su opinión separada, entendiendo que el artículo 4 del Protocolo n.º 4 no era aplicable en este caso, ya que no puede extenderse este precepto a aquellos intentos de cruce ilegal de fronteras por vía terrestre.

Solo en el caso de solicitantes de asilo podría entenderse que no hay distinción a la hora de entrar en un territorio, ni sobre el modo de hacerlo, a la hora de reconocer la protección que otorga el principio de *non refoulement*, aspecto que desarrollamos en

[1598] Véase CEAR, *Marruecos: Desprotección y vulneración de derechos de las personas migrantes y refugiadas a las puertas de Europa*, Madrid, 2015.
[1599] *Ibid*., p. 16.

detalle en otros capítulos. Si hubieran solicitado dicha protección internacional, en ningún caso podrían haber sido expulsados hasta la resolución sobre la admisión de dicha protección bajo el paraguas de la obligación de *non refoulement* que aparecería unida a la prohibición de expulsión colectiva, independiente de las condiciones de su entrada. En este caso, los solicitantes no manifestaron dicha intención de solicitar esta protección en el momento en que se produjeron los hechos ni en la demanda inicial, más allá de alegar la posibilidad de ser sometidos tratos inhumanos o degradantes en el contexto del artículo 3 del CEDH, en el caso de su devolución a Marruecos, argumento que fue desestimado.

Como conclusión, y por todos los motivos expuestos, no consideramos la solución más correcta, conforme al articulado actual del Convenio Europeo de Derechos Humanos, reconocer en un pronunciamiento la existencia de una expulsión colectiva sin vulnerar el artículo 4 del Protocolo n.º 4 y del artículo 19 de la Carta, en su redacción actual. De esta forma, nos parece artificioso el pronunciamiento final, sin que hubiera utilizado argumentos como los señalados, ya que entendemos que incluso no resultaría legalmente justificable.

Dicho lo cual, propondríamos la conveniencia de incluir una previsión específica en la normativa existente relativa al supuesto concreto de cruces ilegales, en el sentido desarrollado a lo largo de la exposición, dotando así de mayor seguridad jurídica al compendio de derechos y obligaciones a respetar en estos supuestos y evitando también posibles consecuencias indeseadas en el futuro ante la continuación previsible de que este tipo de situaciones acontezcan.

Para finalizar el análisis de las figuras de salida forzosa del territorio español, vamos a referirnos a la salida obligatoria, como la medida que sigue a toda resolución administrativa por la que se deniega a un extranjero una solicitud de asilo, de prórroga de estancia o de autorización de residencia o de su renovación, y que implica que se le concede un plazo para que voluntariamente abandone España.

Este tercer supuesto de salida forzosa, al que se refiere el art. 28.2.d) de la Ley, se desarrolla en el artículo 24 del RLOEX:

> «1. En los supuestos de falta de autorización para encontrarse en España, en especial por no cumplir o haber dejado de cumplir los requisitos de entrada o de estancia, o en los de denegación administrativa de solicitudes de prórrogas de estancia, de autorizaciones de residencia o de cualquier otro documento necesario para la permanencia de extranjeros en territorio español, así como de las renovaciones de las propias autorizaciones o documentos, la resolución administrativa dictada al efecto contendrá la advertencia al interesado de la obligatoriedad de su salida del país, sin perjuicio de que, igualmente, se

materialice dicha advertencia mediante diligencia en el pasaporte o documento análogo o en documento aparte, si se encontrase en España amparado en documento de identidad en el que no se pueda estampar dicha diligencia.

No contendrán orden de salida obligatoria las resoluciones de inadmisión a trámite de solicitudes dictadas de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

2. La salida obligatoria habrá de realizarse dentro del plazo establecido en la resolución denegatoria de la solicitud formulada, o, en su caso, en el plazo máximo de quince días contado desde el momento en que se notifique la resolución denegatoria, salvo que concurran circunstancias excepcionales y se justifique que se cuenta con medios económicos suficientes; en tal caso, se podrá prorrogar el plazo hasta un máximo de noventa días. Una vez transcurrido el plazo indicado sin que se haya efectuado la salida, se aplicará lo previsto en este Reglamento para los supuestos a que se refiere el artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

3. Si los extranjeros a que se refiere este artículo realizasen efectivamente su salida del territorio español conforme a lo dispuesto en los apartados anteriores, no serán objeto de prohibición de entrada en el país y eventualmente podrán volver a España, con arreglo a las normas que regulan el acceso al territorio español.

4. Se exceptúan del régimen de salidas obligatorias los casos de los solicitantes de protección internacional que hayan visto rechazado el examen de su solicitud por no corresponder a España su estudio a tenor de lo dispuesto en el Reglamento (CE) N.º 343/2003 del Consejo, 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. Una vez notificada la resolución de inadmisión a trámite o de denegación, se deberá proceder a su traslado, escoltado por funcionarios, al territorio del Estado responsable del examen de su solicitud de asilo, sin necesidad de incoar expediente de expulsión, siempre y cuando dicho traslado se produzca dentro de los plazos en los que el Estado responsable tiene la obligación de proceder al examen de dicha solicitud, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 16.1.e) del citado Reglamento comunitario».

VIII. REPERCUSIÓN DE LA PANDEMIA EN LAS SALIDAS FORZOSAS

El problema del contexto de pandemia ha sido que una gran parte de los países han adoptado medidas de cierre o restricción de entrada en sus fronteras. Esta

circunstancia ha generado una situación extraordinaria de dificultad, considerando que la inmensa mayoría de las salidas forzosas corresponden a nacionales de países que han prohibido la entrada a ciudadanos procedentes de España o que han suspendido sus conexiones aéreas o marítimas.

Los dos casos con más impacto en nuestro país han sido los de Marruecos y Argelia, que cerraron sus fronteras y cuyos nacionales ocupan siempre el primer y segundo puesto de expulsados, muy por encima del resto. Recordamos que, en 2017, las expulsiones y devoluciones de marroquíes y argelinos supusieron el 75% de las 9.326 órdenes ejecutadas[1600]. Y lo mismo ocurrió con Colombia, Rumanía, Georgia, Ecuador, Paraguay y República Dominicana, el segundo grupo de países a donde más se devuelven inmigrantes en situación irregular en España.

La imposibilidad de ejecutar las órdenes de expulsión tuvo un impacto directo en los CIE, ya que el art. 61.d) LOEX y el art. 1.2 del Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros, permiten el ingreso de quien está en situación irregular en España por un periodo máximo de 60 días mientras se tramita su repatriación.

Por otro lado, cabría plantearse si es legítimo un internamiento que tiene por finalidad la salida obligatoria del país, si dicha finalidad no puede cumplirse. En este sentido se pronunció el Defensor del Pueblo, al afirmar que:

«En el caso de los extranjeros internados en un CIE, se da la particularidad de que su privación de libertad tiene como fin exclusivo asegurar la materialización de su devolución o expulsión. Las circunstancias actuales impiden que se pueda dar cumplimiento a esta finalidad por lo que, a juicio del Defensor del Pueblo, estas personas deben ser puestas en libertad»[1601].

En esta misma línea se manifestó la Unidad de Extranjería de la FGE, en su nota interna n.º 1/2020, estableciendo que «los Sres. Fiscales se pronunciarán en contra del internamiento o instarán el cese del mismo, si su cumplimiento hubiera comenzado, cuando se constate que dicha ejecución resulta de imposible materialización»[1602].

Asimismo, se produjeron pronunciamientos que seguían este razonamiento, como el Auto del Juzgado de Instrucción 8 de Las Palmas de Gran Canarias 15/2020, de 31 de marzo de 2020, que decretó la puesta en libertad de todos los internos del CIE de Barranco Seco en base a que:

[1600] Datos recogidos en una respuesta parlamentaria a la exsenadora Maribel Mora (Podemos).

[1601] Respuesta del Defensor del Pueblo en el escrito que da respuesta a la consulta de la Asociación de Abogados Extranjeristas, de 19 de marzo de 2020 (n.º expediente: 20004347).

[1602] Nota interna 1/2020, Fiscal de Sala Delegado de Extranjería, sobre internamiento cautelar de extranjeros, sustitución de penas privativas de libertad y sustitución del proceso penal por expulsión.

«El único derecho que le está limitado a los internos en el referido Centro de Internamiento es la libertad deambulatoria porque los mismos son susceptibles de ser expulsados del territorio nacional, y que tales expulsiones no van a ser posibles por el estado de alarma establecido en el Decreto del día 14 de Marzo del presente año, prorrogado el día 27 de Marzo, toda vez que tales vuelos han sido prohibidos, y teniendo en cuenta el prioritario derecho a la salud de que gozan los internos y los servidores públicos que prestan servicios en el centro de internamiento».

Por su parte, el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, establecía, en la disposición adicional segunda, la suspensión de términos y la interrupción de los plazos previstos en las leyes procesales para todos los órdenes jurisdiccionales, pero con excepciones, entre las que se encontraría el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona de los arts. 114 y ss. de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, así como las autorizaciones o ratificaciones judiciales previstas en el artículo 8.6 de la citada ley. Por ello entendemos que en los casos en que no se haya ordenado, este sería el procedimiento adecuado para solicitar la libertad de personas extranjeras internadas en CIE que no puedan ser retornadas a su país de origen.

Asimismo, la Comisión Europea elaboró una serie de Directrices sobre la aplicación de las disposiciones pertinentes de la UE en materia de procedimientos de asilo y retorno y de reasentamiento[1603].

Contenido de las Directrices

«Debido a las considerables restricciones impuestas a los vuelos comerciales y a las medidas restrictivas introducidas por terceros países en cuanto a las llegadas procedentes de Europa, es posible que los nacionales de terceros países sujetos a decisiones de retorno por las que se conceda un plazo para la salida voluntaria no puedan cumplir dicha decisión en el plazo establecido por más que lo intenten. Por consiguiente, los nacionales de terceros países pueden acabar siendo objeto de una prohibición de entrada por incumplimiento de una decisión de retorno, tal como dispone el artículo 11, apartado 1, de la Directiva de retorno. Sin embargo, los migrantes en situación irregular no pueden ser considerados responsables de este incumplimiento, ni verse perjudicados por una situación que escapa a su control.

Para evitar que se produzca esta situación, los Estados miembros deben hacer uso de la posibilidad contemplada en el artículo 7, apartado 2, de la Directiva de retorno, a saber, prorrogar

[1603] Comunicación de la Comisión COVID-19, Directrices sobre la aplicación de las disposiciones pertinentes de la UE en materia de procedimientos de asilo y retorno y de reasentamiento (2020/C 126/02).

el plazo de salida voluntaria durante un tiempo prudencial, atendiendo a las circunstancias concretas del caso de que se trate, como son la duración y la naturaleza de las medidas restrictivas y la disponibilidad de medios de transporte para ir al tercer país de retorno.

Los Estados miembros también deben conceder un plazo de salida voluntaria superior a 30 días al dictar una decisión de retorno si, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso y, en particular, la disponibilidad de medios de transporte para ir al tercer país de retorno, resulta evidente desde un primer momento que el nacional de ese tercer país no podrá salir en un plazo de 30 días.

Cuando el plazo de salida voluntaria se prolongue y la ejecución de la decisión se suspenda temporalmente, los migrantes irregulares deberán recibir una confirmación por escrito con arreglo a lo dispuesto en la Directiva de retorno (artículo 14).

Cuando el plazo de salida voluntaria no pueda respetarse debido a la falta de transporte hacia el tercer país de retorno o por cualquier otra razón independiente de la voluntad de la persona afectada y relacionada con las medidas restrictivas, los Estados miembros deben abstenerse de dictar una prohibición de entrada o revocarla si ya haya sido dictada».

Solo un tercio de las personas sin derecho a permanecer en la UE regresa a su país de origen, y de las que lo hacen, menos del 30 % lo hace voluntariamente. En este sentido, el vicepresidente de la Comisión Europea, Margaritis Schinas, declaraba que «en 2019, alrededor de medio millón de personas recibieron órdenes de devolución y solo 142 000 fueron devueltas. Eso significa que estamos gestionando un tercio de aquellos que deberían irse»[1604].

El Servicio de Estudios del Parlamento Europeo cuantifica un retorno forzoso en 3.414 euros, mientras que uno voluntario se estima en 560 euros[1605]. Por su parte, el coste medio indicativo de los retornos desde los países de tránsito por persona es de unos 2.500 euros[1606].

Por estos motivos, la Comisión Europea presentó el 27 de abril de 2021 su primera Estrategia de retorno voluntario y reintegración de migrantes, que incorpora entre sus medidas reforzar el marco jurídico para los retornos y promover la reintegración de las personas retornadas. Sin embargo, la Comisión ha reconocido posteriormente que dicha

[1604] LORY, G., «La Comisión Europea presenta una estrategia para incrementar las devoluciones de migrantes de forma voluntaria», *Europa Press*, 27 de abril de 2021. Disponible en https://es.euronews.com/my-europe/2021/04/27/bruselas-quiere-aumentar-el-retorno-voluntario-de-migrantes [consulta: 06-06-2023].

[1605] FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Gestión de la migración: Nueva estrategia de la UE sobre el retorno voluntario y la reintegración», *El Blog de José Carlos Fernández Rozas*, 27 de abril de 2021. Disponible en https://fernandezrozas.com/2021/04/27/gestion-de-la-migracion-nueva-estrategia-de-la-ue-sobre-el-retorno-voluntario-y-la-reintegracion-27-abril-2021/ [consulta: 06-06-2023].

[1606] *Ibid.*

Estrategia no está funcionando, por lo que propone un nuevo plan dentro del Pacto de Migración y Asilo.

Finalmente, cabe recordar que, dada la complejidad y riesgos que conlleva el traslado de inmigrantes en situación irregular por vía aérea y marítima, las fronteras exteriores de España, que son, a su vez fronteras exteriores de la Unión Europea, requieren una gestión integrada, estableciéndose dispositivos con procedimientos específicos de actuación. La experiencia nacional y el debate surgido en el seno de la UE sobre expulsiones conjuntas por vía aérea de nacionales de terceros países ha dado lugar a diversos instrumentos normativos reguladores de la materia[1607], los cuales son la base del Protocolo de Actuación que constituyen las «Normas de Actuación en las Repatriaciones y en el Traslado de Detenidos por Vía Aérea o Marítima», aprobadas en 2017, que siguen vigentes en la actualidad.

[1607] Véanse la Directiva del Consejo 2003/110/CE, de 25 de noviembre de 2003, sobre asistencia en casos de tránsito de repatriación o alejamiento por vía aérea (cuya finalidad es «definir medidas de asistencia entre las Autoridades competentes de los aeropuertos de tránsito de los Estados miembros en relación con las repatriaciones o alejamientos por vía área, con escolta o sin ella») y la Decisión del Consejo 2004/573/CE, de 29 de abril de 2004, sobre organización de vuelos conjuntos para la expulsión desde territorio de dos o más Estados miembros (cuya finalidad es «coordinar las expulsiones conjuntas por vía aérea desde varios Estados miembros de nacionales de terceros países, sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión individuales»).

CONCLUSIONES

El Derecho internacional de las migraciones se configura como el conjunto de normas extraídas de múltiples áreas del Derecho internacional que se ven afectadas por el fenómeno de la migración. Su delimitación abarcaría un extenso abanico de normas, entre las cuales, hemos recalado con mayor profundidad en las básicas relativas a la protección de los derechos humanos, y especialmente, en lo que concierne a los ámbitos de la expulsión y/o devolución de personas migrantes, parte central de estudio en este trabajo. Con especial atención, hemos analizado dichas formas de salida forzosa como una manera consentida de «discriminación» que afecta solo a las personas extranjeras por el hecho de no ser nacionales. Este argumento ha servido de base para decretar la expulsión de un Estado, incluso de aquellos que precisan protección internacional y solicitan permanecer en un país distinto al de procedencia, que como hemos visto, no gozan de protección absoluta, ya que entrarían a valorarse otros factores objetivos y subjetivos, salvedad hecha sólo, tal y como hemos visto también, en el caso de aquellos que huyen de situaciones de riesgo de torturas y tratos inhumanos o degradantes.

El instrumento internacional por excelencia de protección de los derechos humanos, esto es, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, ya en su preámbulo marca el camino al no permitir expresamente establecer ninguna distinción entre las personas, por considerar a todos como miembros de la familia humana, lo que implicaría la igualdad plena de derechos y de trato entre nacionales y extranjeros. Sin embargo, la realidad es bien distinta.

Asistimos cada día al imparable aumento de los movimientos migratorios, teniendo como telón de fondo la denominada crisis de los Estados nacionales que cuestiona la idea de las fronteras y la libertad a la circulación de las personas. Esta aparente tendencia actual que parece diluir el férreo concepto tradicional de frontera, lejos de plantear la necesidad de encontrar normas que pavimenten la igualdad y la integración, choca con las medidas de refuerzo del control de las mismas y la mirada inquisitoria, especialmente frente a algunos extranjeros (en particular, aquellos con bajos niveles de recursos). Sin desmerecer los temas securitarios, desde este trabajo, nos hemos centrado más en la importancia de apuntalar un tejido normativo internacional sobre la expulsión de personas extranjeras, mínimo, común y uniforme, inexistente en la actualidad como una medida que aportaría seguridad jurídica y equidad en la relación entre la soberanía de los Estados y los derechos individuales.

Sin embargo, y a pesar de la importancia de los temas conexos al fenómeno migratorio, cada día en aumento, por otro lado, no han fructificado los intentos por parte del Derecho internacional, en lo que concierne al objeto de este trabajo. Hemos partido

de la necesidad de elaborar una norma general y uniforme que delimite los confines del Derecho soberano de los Estados a la hora de ejercer su control de admisión sobre las personas extranjeras, en una suerte de mínimos internacionalmente reconocidos, al igual que ha hecho la comunidad internacional con otros derechos como los del niño, las mujeres, las personas con discapacidad..etc. Consideramos que las necesidades y discrepancias detectadas en el ámbito de las personas extranjeras son suficientes para reclamar u instrumento propio internacional que logre consensuar un parámetro mínimo legal común y uniforme.

Los contados esfuerzos normativos realizados, tal y como hemos expuesto, así como otras normas internacionales más específicas aplicables a la protección en algunos casos, de las personas objeto de cualquier forma de expulsión, han supuesto un paso importante para la no discriminación de aquellos que no ostentan la misma nacionalidad del país en el que se encuentran, aunque consideramos que no son suficientes.

A lo largo de este trabajo hemos perfilado un breve recorrido histórico para poder dibujar el tablero sobre el que va a jugar el Derecho migratorio y de extranjería, partiendo del concepto de la potestad del Estado soberano, destacando cómo han influido en los controles migratorios y las decisiones de expulsión, los alegados motivos religiosos, y políticos, inicialmente y cómo han evolucionado hacia razones más económicas, incluso demográficas y estratégicas, sin olvidar que se trata de una prerrogativa de cada Estado, pero, tal y como hemos expuesto, no absoluta. Afortunadamente, va a contar con el freno de la protección de los derechos humanos y otro entramado normativo que, tal y como hemos desarrollado, servirá en algunos casos como escudo protector del individuo frente a esa soberanía del Estado.

Es un hecho universal la posibilidad de ser expulsado de otro país que no sea el propio, así como también la capacidad de poner límites y restricciones para la entrada en el resto de países, salvo en el de origen, ya que de lo contrario se estaría empujando al nacional a una situación de apatridia[1608]. Por tanto, solo afectaría a los que no sean nacionales, esto es, los extranjeros podrán ser expulsados ya que un nacional tiene el derecho a permanecer en su Estado de origen, justificando así la discriminación. Sin embargo, entendemos que dicho argumento no es suficiente para servir de base a esta desigualdad de trato que solo reposa en la nacionalidad.

Por otro lado, aunque no corresponde al Derecho internacional establecer las condiciones de acceso a la nacionalidad –ámbito que entra dentro de las competencias de cada Estado–, sí le concierne resolver los problemas de conflictos de nacionalidad a partir de criterios propios del Derecho internacional, tal y como ha reflejado la jurisprudencia

[1608] Véase KAMTO, M., *Tercer informe sobre la expulsión de extranjeros*, *op.cit*, párr. 56.

arbitral y la doctrina, inspirando, a su vez, a la Corte Permanente de Justicia Internacional[1609] y más claramente aún a la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia (TIJ)[1610]. Al establecer los criterios que permiten determinar, en caso de conflicto, quién es nacional de cada Estado, el Derecho internacional crea también las condiciones de aplicación del principio que prohíbe a los Estados expulsar a sus propios nacionales.

Por otro lado, la comunidad internacional consciente del problema ya planteó la posibilidad de regulación sobre el derecho de expulsión a finales del siglo XIX, tal y como se vio reflejado en los trabajos del IDI[1611], una de las primeras instituciones que empieza a estudiar y proponer normas comunes sobre la expulsión de los extranjeros desde un punto de vista global. No obteniendo el éxito esperado, la posibilidad de regular en el ámbito internacional la expulsión de personas extranjeras volvió a plantearse casi un siglo después, en 1998, en el seno de la CDI de Naciones Unidas, aunque no comenzaría a tomar forma hasta el año 2000 con el grupo de trabajo sobre el Programa a largo plazo. Partía de la idea ya consolidada del derecho de los Estados a expulsar extranjeros, cuya regulación se situaba en el Derecho interno, reconociendo, al mismo tiempo, la decisiva influencia del Derecho internacional para fijar una serie de límites. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos del Relator Especial, Maurice Kamto quien, durante un periodo de diez años, desde 2004 a 2014, desarrolló una ingente misión que derivó en un desfondado «proyecto de articulado sobre la expulsión de extranjeros».

Además de analizar estos intentos, en este trabajo hemos estudiado las posibilidades que ofrecen otros instrumentos internacionales que protegen los derechos humanos de manera específica, detectando carencias en lo que a personas extranjeras se refiere, incluso en normas específicas como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) que no entra a regular, ni siquiera de manera tangencial, la expulsión, ni la devolución, ni la extradición de personas extranjeras, ni siquiera el derecho de asilo, materias sometidas al Derecho internacional. Todo ello, entendemos que deja un margen más que razonable para plantear la necesidad de una regulación internacional incluso considerando que son los Estados los que controlan la entrada y salida de extranjeros de sus respectivos países, ya que éstos están sometidos a las obligaciones inherentes a instrumentos como el CEDH y a sus órganos de control en lo que al respeto de los derechos humanos fundamentales se refiere.

La única vía de protección jurídica absoluta que hemos encontrado en un instrumento internacional, tal y como hemos expuesto, frente a la expulsión, devolución

[1609] Véase, en particular, CPJI, *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco*, Opinión consultiva de 7 de febrero de 1923, *P.C.I.J. Reports 1923*, serie B, n.º 4.

[1610] Sentencia del TIJ de 6 de abril de 1955, *Caso Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*.

[1611] El IDI es una organización independiente surgida en Gante en 1873 y que recibió en 1904 el Premio Nobel de la Paz.

o extradición de personas extranjeras es la que puede derivar, del riesgo de padecer tratos inhumanos y degradantes. Así, hemos visto cómo la protección frente a este tipo de tratos que otorga el propio CEDH es absoluta por ser la única que no admite excepciones, ni respecto a circunstancias objetivas, ni subjetivas relativas al comportamiento o al *status* de la persona extranjera en cuestión.

Cabría plantear la posibilidad de ampliar esta protección a los demás mecanismos previstos para proteger los derechos tanto de los solicitantes de protección internacional como, a través de otros instrumentos que protegen los derechos humanos de las personas extranjeras, ya que no parece justificado que se establezcan distintos ámbitos de protección para amparar derechos humanos que se encuentran al mismo nivel.

Por otro lado, en el contexto actual nos enfrentamos además a nuevas amenazas, no solo a la falta de empleo y crisis económicas, que son más o menos cíclicas, sino también a otras como el terrorismo, que ha planeado con fuerza desde principios de siglo XXI, hasta el avance de la globalización y la tecnología digital, con un ciberespacio que ya adelantamos va a dificultar, cada vez más, la delimitación del concepto de soberanía, tan mentado a la hora de legitimar la expulsión de extranjeros del territorio considerado como «propio». Como afirmaba uno de los juristas estadunidenses más relevantes del siglo XX, Roscoe Pound, «el Derecho tiene que ser estable y, sin embargo, no puede quedarse quieto. De hecho, cualquier reflexión sobre el Derecho ha luchado para conciliar la necesidad de estabilidad y la de cambio»[1612].

A esta consideración por parte del Derecho Internacional a la que nos hemos referido, hay que añadir el Derecho interno, ya que proporciona la más inmediata protección jurídica de los derechos humanos garantizados por el Derecho internacional. Cuando los procedimientos jurídicos nacionales no son suficientes, existen mecanismos y procedimientos a escala regional e internacional para atender las denuncias individuales y de grupo, con miras a procurar que se respeten, apliquen y hagan cumplir a escala local las normas internacionales en materia de derechos humanos[1613]. Ahí es donde entran en juego las declaraciones, tratados e instrumentos jurídicos internacionales a los que nos hemos referido en este trabajo, en concreto, en lo que respecta o puede afectar o aplicarse a los supuestos de expulsión de extranjeros.

Hemos partido de la libertad de circulación, considerando que el artículo 13.2 de la Declaración de los Derechos Humanos reconoce expresamente el derecho de toda persona a salir de cualquier país, incluso del propio, y de regresar a él. Sin embargo, hemos destacado que lo que no se contempla es el derecho a entrar o de ser acogido en

[1612] POUND, R., *Interpretations of Legal History*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1946, p.1.
[1613] HÜFNER, K. y SCHLAAK, C., *Violaciones de los Derechos Humanos*, *op.cit*., pp. 11-13.

otro país. Por tanto, los Estados, sin contravenir el principio de igualdad, tienen el derecho de decidir sobre las condiciones de entrada como de permanencia de los extranjeros, y, por tanto, no puede afirmarse que se contemple derecho alguno a la inmigración, individual o colectiva[1614] (sí a la emigración, pero nada establece respecto a la inmigración). El único precepto que menciona expresamente un concepto del derecho migratorio en el sentido de la inmigración, es al referirse al «derecho a buscar asilo y a disfrutar de él» (que no al derecho a obtenerlo, entendemos que disfrutar no implica lo mismo que otorgar obligatoriamente).

Por otro lado, además de las diferencias de trato entre nacionales y extranjeros, también hay «categorías» de extranjeros, ya que en lo que respecta a los ciudadanos comunitarios, esta libertad de circulación se aplica por igual que a los nacionales del país UE en el que estén sin más restricciones que las que marque el orden público, seguridad o salud públicas, tal y como hemos expuesto. En lo que respecta a los ciudadanos extracomunitarios, estos tienen el derecho a circular libremente por el territorio español y a elegir su residencia, sin más limitaciones que las establecidas en los tratados internacionales, y las leyes o las acordadas por la autoridad judicial con carácter cautelar o en el proceso penal o de extradición en el que el extranjero tenga la condición de imputado, víctima o testigo o como consecuencia de sentencia firme[1615].

Por todo ello, afirmamos que no existe la total igualdad respecto a nacionales y extranjeros. Aunque no existe en el ámbito de la libertad de circulación, sí lo hace en cuanto al reconocimiento de dicha libertad para todas las personas, como derecho fundamental que es. Sin embargo, tal reconocimiento no es absoluto por cuanto está condicionado a las circunstancias expuestas, entre ellas, y por ser objeto de estudio de este trabajo, ser nacional o extranjero. Cabría plantearse, tal y como hacía Ferrajoli, que la ciudadanía de nuestros países ricos representa el último privilegio de *status*, el último factor de exclusión y discriminación, y no de inclusión y equiparación. El último vestigio moderno o premoderno de las diferencias personales, la última contradicción no resuelta con la afirmación de la «universalidad de los derechos»[1616].

Cabe decir que ante la capacidad innegable de los Estados de regular las condiciones de entrada, de libertad de circulación, y de expulsión o devolución, consideramos necesaria la intervención internacional por encima de las fronteras, más allá del principio que ampara a los refugiados de *non refoulement*, a través de mecanismos institucionales y legales que supongan las garantías globales para tutelar los derechos de

[1614] CANO, M.ª A., «Protección internacional de los Derechos Humanos de los trabajadores migratorios», *Persona y Derecho*, núm. 63, 2010, pp. 137-162.
[1615] IMBRODA ORTIZ, B.J y RUIZ SUTIL, C. (coords.), *Memento Experto Extranjería*, Francis Lefebvre, Madrid, 2019, p. 19.
[1616] FERRAJOLI, L., *Diritto e Raggione (Teoría generale del garantismo penale), op.cit.*, p. 11.

la persona por el hecho de serlo, y no solo como ciudadano. Todo ello, con el fin de que las fronteras no sean más poderosas que los derechos, que prime el lema de Péguy y el propósito de Camus: «por una ciudad sin exilio». En definitiva, por una sociedad en la que nadie quede excluido[1617].

Desde nuestro punto de vista, sería necesario avanzar hacia un sistema en el que la atribución de los derechos fundamentales no se haga depender de circunstancias como la nacionalidad, tal y como defienden autores como Atienza[1618], o el propio Ferrajoli, cuando afirma que si queremos tomar en serio los derechos debemos desvincularlos de la condición de ciudadanía, algo que defienden desde Montesquieu a Kant[1619].

Finalmente, hemos analizado las necesidades detectadas en nuestro sistema en lo que al «extrañamiento» de extranjeros se refiere, partiendo de que en nuestro ordenamiento, los extranjeros que por disposición de una ley o de un tratado, o por autorización concedida por una autoridad competente, tienen derecho a residir en España, gozan de la protección que brinda el art. 19 CE, aun cuando no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles, sino en los que determinen las leyes y tratados a los que se remite el art. 13.1 CE.

Pero además de este concepto inicial de partida, hemos detectado la necesidad de delimitar mejor normativamente las distintas formas contempladas de salida forzosa de los extranjeros, ya que no están suficientemente claras y a menudo se confunden o mezclan provocando inseguridad jurídica, puesto que estaríamos ante figuras y consecuencias distintas. Siendo más que insuficientes los amagos producidos desde 2015 en la LOEX que introdujo la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo de 2015, de Protección de Seguridad Ciudadana, al incorporar una suerte de «rechazo en frontera» para aquellos que intentaban atravesar las vallas de Ceuta y Melilla. Sin embargo, esta figura que no tiene mayor acomodo en nuestra normativa, realmente se trataría de una devolución, ya que, en puridad, estaríamos ante un supuesto de intento de entrada ilegal de los contemplados ya por la norma para la devolución de extranjeros previsto en el art. 58.3 de la LOEX.

Al mismo tiempo, otros supuestos a los que se alude con frecuencia como son expulsiones colectivas o «devoluciones en caliente», cuando se trata de salidas forzosas automáticas, sin examen individualizado y sin respeto a las garantías legales, en realidad, según nuestra normativa, deberían denominarse devoluciones colectivas y no expulsiones. En tal contexto, hemos analizado el último pronunciamiento relativo a la

[1617] DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural, op.cit.*, p. 242.
[1618] ATIENZA, M., *Tras la justicia*, Ariel, Barcelona, 1993, pp. 236 y ss.
[1619] FERRAJOLI, L., *Diritto e Ragione, (Teoría generale del garantismo penale), op.cit.*, pp. 950 y ss.

actuación de España sobre este tipo de conductas ya que ha supuesto un giro en el sentido de la Corte hasta la fecha. Así, en el caso N.D y N.T. contra España de 13 de febrero de 2020, se ha consagrado la posibilidad de reconocer, en un pronunciamiento, la existencia de una expulsión colectiva sin vulneración del artículo 4 del Protocolo n.º 4 del CEDH (y, por ende, del artículo 19 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea). En nuestra opinión, resulta muy difícil, con el ordenamiento jurídico actual, justificar, como hace la Gran Sala, la ausencia de culpabilidad del Estado reconociendo a la vez la existencia de una «expulsión colectiva», por un lado, y la no vulneración del precepto que lo prohíbe, por otro. Y todo ello, sin haber incidido con más énfasis en otras vías, como las internas, o en otros argumentos como la petición de protección internacional, la defensa de las fronteras de los Estados, o el peligro para la seguridad nacional generado por el intento violento de cruce ilegal de un grupo de personas.

Si, por otro lado, lo que se ha pretendido ha sido evitar un posible «efecto llamada», debería primero apuntalarse un armazón jurídico unívoco que ampare cualquier pronunciamiento judicial, y que en este caso, no encontramos. De este modo se aseguraría el respeto a los derechos humanos sin dejar grietas interpretativas. De modo que, para entender que es aplicable el artículo 4 del Protocolo n.º 4 en juego, debería incluirse en el precepto que lo regula un supuesto específico para aquellos intentos de cruces ilegales de fronteras que no estén motivados por situaciones de emergencia y que pongan en peligro la seguridad o la salud pública, con las salvedades oportunas para los solicitantes de protección internacional y el respeto al derecho de *non-refoulement*. Recogiendo así un procedimiento específico y sumario para estos casos que precisan rapidez de respuesta, pero no ajeno a unas garantías mínimas de respeto a los derechos humanos.

De otro modo, resulta difícil entender la base legal de éste o de cualquier pronunciamiento que confirme la existencia de una expulsión colectiva, pero sin vulneración por parte del Estado del precepto citado que la contempla, en una suerte de lo que podríamos considerar un «reconocimiento de delito sin condena». Dicho lo cual, propondríamos la conveniencia de incluir una previsión específica en la normativa existente relativa al supuesto concreto de cruces ilegales, en cualquier frontera, en el sentido desarrollado a lo largo de la exposición, dotando así de mayor seguridad jurídica al compendio de derechos y obligaciones a respetar en estos supuestos y evitando también posibles consecuencias indeseadas en el futuro ante la continuación, o más bien, el incremento previsible, de este tipo de situaciones.

Queremos concluir este trabajo afirmando que, en general, prevalece, en el ámbito tanto internacional como interno, el control sobre el «derecho de admisión» en los territorios, por encima de una norma de carácter global que establezca criterios comunes y uniformes. Para que pudiera existir tal instrumento internacional, sería preciso que los

derechos de la persona y la supremacía del bien común de la humanidad se valorasen por encima de los intereses particulares de los Estados, no como un enfrentamiento maniqueo o utópico, sino resolutivo y práctico, entendiendo que la solución a los problemas conexos de la extranjería en general, y de los migrantes en particular, pasa por la cooperación y la coordinación por encima de la defensa pretoriana de los intereses particulares[1620]. Solo así será posible alcanzar un modelo de orden internacional en el que encajen todas las piezas, similar al perfilado por las Naciones Unidas y que sigue siendo una asignatura pendiente difícilmente alcanzable a corto plazo. Pero, como decía HELLEN KELLER: *el «optimismo es la fe que conduce al logro; nada puede realizarse sin esperanza*».

[1620] FERNÁNDEZ RUIZ-GALVEZ, E., «El *totus orbis* y el ius Gentium en Francisco de Vitoria: el equilibrio entre tradición e innovación», *CEFD*, núm. 35, 2017, pp. 26-40.

FUENTES

I. BIBLIOGRAFÍA

ABARCA JUNCO, A.P., *Inmigración y extranjería*. *Régimen jurídico básico*, Colex, Madrid, 2010 (3ª ed.).

ABRISKETA URIARTE, J., «La urgente y necesaria construcción y desarrollo de una política europea de inmigración para la integración de la población inmigrante» en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. y GONZÁLEZ HERRERA, D. (coords.), *Desafíos jurídicos en la gestión internacional y europea de los flujos migratorios: una mirada luso-española*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 187-216.

ACOSTA PENCO, M.ª T., «Rechazo en frontera y derechos humanos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 193, 2018, pp. 275-307.

AGUADO I CUDOLÀ, V., «Hacia una nueva población municipal: el padrón como instrumento para la realización de políticas públicas y para el ejercicio de derechos de españoles y extranjeros», *Anuario de Gobierno Local*, núm. 1, 2003.

AGUELO NAVARRO, P. y GRANERO SÁNCHEZ, H., «La expulsión de extranjeros en el derecho internacional, en el acervo de la Unión y en la normativa española», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 47, enero-abril 2018, pp. 221-292.

AGUELO NAVARRO, P. y GRANERO SÁNCHEZ, H., «La expulsión de extranjeros en el derecho internacional, en el acervo de la Unión y en la normativa española», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 47, enero-abril 2018, pp. 221-292.

ALEXANDER ALEINIKOFF, T., "The meaning of 'persecution' in United States asylum law", *International Journal of Refugee Law*, vol. 3, 1991.

ALMEIDA HERRERO, C. y CARRETERO TRIGO, M., «Extranjeros en prisión. El papel de la expulsión», *Crítica Penal y Poder: una publicación del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos*, n.º 18, 2019, pp. 94-102.

ÁLVAREZ LODOÑO, L.F., *La historia del Derecho Internacional Público*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2000.

ANDRÉS SAENZ DE SANTAMARÍA, M.P., «Consejo de Europa y Derechos Humanos: desarrollos recientes» en *Andorra en el ámbito jurídico europeo. XVI Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 215-264.

ARCOS RAMÍREZ, F., «¿Debemos abrir más las fronteras? Una exploración filosófica» en ARCOS RAMÍREZ, F. y DÍEZ PERALTA, E. (eds.), *Fronteras, migraciones y Derechos Humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 57-86.

ARISTÓTELES y GARCÍA VALDÉS, M., *Política/Introducción, traducción y notas de Manuela García Valdés*, Editorial Gredos, Madrid, 1988.

ARLETTAZ, F., «La Expulsión de extranjeros en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 145, 2016.

ARLETTAZ, F., «Rechazo en frontera (a propósito de la enmienda a la Ley de Extranjería sobre las fronteras de Ceuta y Melilla)», *Observatorio PSyD*, 14 de enero de 2015.

ASÚA BATARRITA, A. y GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., «Derecho a tener derechos: participación y cohesión social en el sistema constitucional español», *XVIII Conferencia Trilateral. Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España*, Roma, octubre 2016.

ATIENZA, M., *Tras la justicia*, Ariel, Barcelona, 1993.

BADE, K. J., *Europa en movimiento: las migraciones desde finales del siglo XVIII hasta nuestros días*, Crítica, Barcelona, 2003.

BARBERO GONZÁLEZ, I., «¿Acogida o sanción? Reacciones del régimen de fronteras ante los refugiados», en AA.VV., *La crisis de las personas refugiadas y su impacto sobre la UE: causas, impactos, asilo, políticas de inmigración, asilo, marco jurídico*, Eurobask, Vitoria, 2016, pp. 337-345.

BARBERO GONZÁLEZ, I., *Las Transformaciones del Estado y del Derecho ante el Control de la Inmigración*, Ikuspegi. Observatorio Vasco de Inmigración, Bilbao, 2010.

BERTOMEU NAVARRO, A., *El Principio de non-refoulement. Aproximación a su reconocimiento y tutela en el Derecho Internacional, Europeo y Español*, ADDI, 2018.

BOLLO AROCENA, Mª. D., «Límites personales y materiales al derecho de los Estados a la expulsión de extranjeros. Una visión desde el Derecho Internacional Público» en AA.VV, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria Gasteiz*, Tecnos, Vitoria, 2012.

BOURDIEU, P., *Practical Reason: On the Theory of Action*, Stanford University Press, Stanford (California), 1998.

BOZA MARTÍNEZ, D., *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89 CP*, Aranzadi, Pamplona, 2016.

BURGORGUE-LARSEN, L., «La Corte Europea de los Derechos Humanos y el Derecho penal», *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XXI.

BURGOS GOYE, M. C., «Las devoluciones en caliente vigentes en Ceuta y Melilla. La historia interminable», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 53, 2020, pp. 63-84.

CACHÓN RODRÍGUEZ, L., «Discriminación en el trabajo de las personas inmigradas y lucha contra la discriminación» en GARGANTÉ, S., *La Discriminación Racial. Propuestas para una legislación antidiscriminatoria en España*, Icaria, Barcelona, 2003.

CALDERÓ, C. y CARDONA, D. (eds.), *Vulneraciones de derechos humanos en las deportaciones*, IRIDIA, Barcelona, 2020.

CAMERON, A.M., *Provisional Measures before International Courts and Tribunals*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Nueva York, 2017.

CAMPOS HELLÍN, R., «El arraigo como factor impeditivo de una expulsión tras la reforma de la LO 1/2015», *Boletín Criminológico*, vol. 25, n.º 185, 2019, pp. 1-9.

CANCIO MELIÁ, M., «La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP)», en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Pamplona, 2005, pp. 183-25.

CANO, M.ª A., «Protección internacional de los Derechos Humanos de los trabajadores migratorios», *Persona y Derecho*, núm. 63, 2010.

CARRILLO SALCEDO, J.A., *Dignidad frente a la barbarie: la Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*, Mínima Trotta, Madrid, 1999.

CARRILLO SALCEDO, J.A., *Soberanía del Estado y Derecho internacional*, Tecnos, Madrid, 1976.

CASANOVAS, O., «La protection internationale des réfugiés et des personnes déplacées dans les conflits armés», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 306, 2003,

CASTILLA, K., «La Protección de los Derechos Humanos de Niñas y Niños en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos» en AA.VV, *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables*, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2014.

CASTILLO DAUDÍ, M., «Libertad de circulación y soberanía del estado: posibles límites derivados de obligaciones de protección internacional», *REEI*, núm. 31, 2016, pp. 3-44.

CASTRO FRANCO, A., *La Gobernanza internacional de las migraciones. De la gestión migratoria a la protección de los migrantes*, Universidad Externado de Colombia, 2016.

CASTRO SÁENZ, A., *Compendio Histórico de Derecho Romano*, Tébar, Sevilla, 2006 (3ª ed.).

CEINOS SUÁREZ, Á., «Libertad de circulación y limitaciones por razón de seguridad y salud», en GARCÍA MURCIA, J. (dir.), *Libertades de circulación y derechos de protección social en la Unión Europea*, Juruá, Lisboa, 2016, pp. 91-114.

CHALTIEL, F., «Le juge administratif, juge de l'immigration», *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 116, 2000, pp. 153- 193.

CHANET, C., «La peine de mort et le pacte international des nations unies relatif aux droits civils et politiques», en COHEN-JONATHAN, G. y SCHABAS, W. (dirs.), *La peine capitale et le droit international des droits de l'homme*, Panteón-Assas, Paris, 2003, pp. 77-102.

CHINCHILLA, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1991.

CHUECA SANCHO, A., «El derecho internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 1, 2002.

CONDE PÉREZ, E., «TEDH, Sentencia de 28.02.2008, Saadi c. Italia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 32, enero-abril 2009.

CONTRERAS ROMÁN, M.ª, «La expulsión administrativa como excusa de inacción penal», *Crítica Penal y Poder: una publicación del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos*, n.º 18, 2019, pp. 319-332.

CONTRERAS ROMÁN, M.ª, «La renuncia penal en favor de la expulsión administrativa. Análisis empírico de la aplicación del art. 57.7 de la Ley de Extranjería», *International E-Journal Of Criminal Sciences*, vol. 13, 2019, pp. 1-36.

CUADRON AMBITE, S., «Análisis de la definitiva Doctrina del Tribunal Supremo sobre la expulsión de extranjeros residentes de larga duración a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 3/2021, 2021.

D'HAËM, «La reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière», *Revue française de sociologie*, vol. 38, núm. 4, 1997, pp. 840 y ss.

D'ORS, A., «Adversus hostem aeterna auctoritas esto» en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 29, Madrid, 1959.

DANELIUS, H. y BURGERS, H., *The United Nations Convention Against Torture: A Handbook on the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Brill, 2021.

DARUT, J.A., *L'expulsion des étrangers*. *Principe général – Application en France*, Tesis Aix, 1902.

DE BOECK, C., «L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 18, 1927-III.

DE BOECK, C., «La sentence arbitrale dans l'affaire Canevaro, 3 mai 1912», *Revue générale de droit international public*, vol. XX, 1913.

DE LUCAS, J., «El Derecho contra los derechos. Un comentario a la sentencia "N.D. y N.T. contra España" del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, n.º 27, 2020, pp. 84-96.

DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, Madrid, 1994 (1ª ed.).

DE LUCAS, J., PEÑA, S. y SOLANES, A., *Trabajadores migrantes*, Germania Serveis Gráfics, Valencia, 2002.

DE VATTEL, E., *Le Droit des Gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Lyon, 1802.

DE VITORIA, F., *Sobre el derecho de guerra*. *Estudio preliminar, traducción y notas de Luis Frayle Delgado*, Tecnos, Madrid, 1998.

DEL VALLE GÁLVEZ, J.A en LÓPEZ ESCUDERO, M. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coords.), *Derecho comunitario Material*, McGrawHill, Madrid, 2000.

DESJARDINS, A., «L'expulsion des étrangers», *Questions sociales et politiques*, 1893.

DIAZ CREGO, M., «Derecho de extranjería y jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2011-2012)» en AA.VV, *Inmigración y crisis: entre la continuidad y el cambio*, Fundación CIDOB, 2013, pp. 254-304.

DÍAZ GRECO, Mª, «¿Tomando la justicia cautelar en serio?: las medidas provisionales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018.

DÍAZ LAFUENTE, J., «El derecho de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de género», *Revista de derecho político*, núm. 89, 2014.

DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1994.

DÍEZ PERALTA, E., «Los acuerdos de readmisión de la UE y su impacto sobre los derechos» en *Fronteras, migraciones y Derechos Humanos* en ARCOS RAMÍREZ, F. y DÍEZ PERALTA, E. (eds.), *Fronteras, migraciones y Derechos Humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 177-202.

DÍEZ-PICAZO, L.M., *Sistema de Derechos fundamentales*, Civitas-Thomson. Madrid, 2005 (2ª ed.).

ESTEVE GARCÍA, F., «Las Directivas Europeas contra la discriminación racial y la creación de organismos especializados para promover la igualdad. Análisis comparativo de su transposición en España y en Francia», *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 10, 2008.

EZQUERRA HUERVA, «Extranjería y régimen local: la inscripción de los extranjeros en el Padrón Municipal de Habitantes», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 140, 2008.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., «Ejecución de la expulsión judicial sustitutiva y pluralidad de causas penadas y en su caso preventivas penitenciariamente activas», *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º Extra 2, 2013, pp. 85-98.

FERNÁNDEZ ARRIBAS, G., «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la expulsión de solicitantes de protección internacional» en PORRAS RAMÍREZ, J. Mª., *Migraciones y Asilo en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2020,

FERNÁNDEZ PÉREZ, A., «La regulación de las devoluciones y expulsiones de extranjeros: la ilegalidad de las devoluciones de extranjeros efectuadas sin las debidas garantías», *La Ley*, núm. 8382, 2014.

FERNÁNDEZ RUIZ-GALVEZ, E., «El totus orbis y el ius Gentium en Francisco de Vitoria: el equilibrio entre tradición e innovación», *CEFD*, núm. 35, 2017.

FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., *La protección de los datos personales en las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2003.

FERNÁNDEZ VALVERDE, R., «La expulsión de extranjeros residentes de larga duración requiere un plus de motivación», *Diario La Ley*, núm. 9642, 2020.

FERRAJOLI, L., *Diritto e Ragione, (Teoría generale del garantismo penale)*, Laterza, Bari, 1992.

FERRER PEÑA, R. M., *Los Derechos de los extranjeros en España*, Tecnos, Madrid, 1989.

FIOCCHI MALASPINA, E., *L´eterno ritorno del Droit des gens di Emer de Vattel (secc. XVIII-XIX). L' ímpatto sulla cultura giuridica in prospettiva globale*, Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt, 2017.

FRIEDLAENDER, L., y ROCES, W., *La sociedad romana. Historia de las Costumbres en Roma, desde Augusto hasta los Antoninos*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1992.

GARCÍA ANDRADE, P. «Derecho de la UE y gestión de los flujos migratorios: interacciones con el Derecho internacional y con el Derecho Interno» en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. y GONZÁLEZ HERRERA, D. (coords.), *Desafíos jurídicos en la gestión internacional y europea de los flujos migratorios: una mirada luso-española*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 149-184.

GARCÍA, L, «Crónica del trabajo del relator especial sobre la expulsión de extranjeros de la comisión de derecho internacional de las Naciones Unidas (2004-2014)», *Revista Temas Socio Jurídicos*, vol. 36, núm. 72, enero-junio de 2017.

GARCÍA-ESPAÑA, E., «El arraigo de presos extranjeros: más allá de un criterio limitador de la expulsión», *Migraciones*, n.º 44, 2018, pp. 119-144.

GARRIDO, R. y MAIA, C., "A regulação dos fluxos de deslocados internos no Direito da União Africana: o Estado da arte em Moçambique" en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. y GONZÁLEZ HERRERA, D. (coords.), *Desafíos jurídicos en la gestión internacional y europea de los flujos migratorios: una mirada luso-española*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 113-129.

GAYO, *Instituta*, Imprenta de la sociedad literaria y tipográfica, Madrid, 1845.

GIL Y GIL, J.L., «Los trabajadores migrantes y la Organización Internacional del Trabajo», *Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2009.

GIL-BAZO, M.T., «Asylum as a General Principle of International Law», *International Journal of Refugee Law*, vol. 27, núm. 1, 2015.

GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C., «Inmigración en España: una nueva fase de llegadas», *ARI*, núm. 28, 2019.

GONZÁLEZ GARCÍA, J. M.ª, «Algunas cuestiones sobre el derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros a la luz de la jurisprudencia constitucional y de la ley orgánica 2/2009», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 25, 2010, pp. 515-541

GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., «Expulsiones "en caliente", devoluciones y petición de asilo en Ceuta y Melilla», *Revista de Administración Pública*, n.º 196, 2015, pp. 309-329.

GONZÁLEZ MARTÍN, N., "Birthright citizenship: reflexiones en torno a familias, menores y la nacionalidad por derecho de nacimiento en los Estados Unidos de América", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 21, 2021, pp. 625-664.

GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P., *Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado – España*, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo. Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, octubre 2020.

GOODWIN-GILL, G.S., *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados*, Naciones Unidas, 2008.

GORTÁZAR ROTAECHE, C.J., *Derecho de asilo y "no rechazo" del refugiado*, Dykinson, Madrid, 1997.

GRAHL-MADSEN, A., *The Status of Refugees in International Law, Volume I—Refugee Character*, A. W. Sijthoff, Leyden, 1966.

GRUPO DE INVESTIGACIÓN ANTÍGONA, *Las violencias sexuales en el Estado español: Marco jurídico y análisis jurisprudencial*, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2018.

GÜERRI FERRÁNDEZ C., «Acerca de la expulsión administrativa de ciudadanos extranjeros en base a semánticas de peligrosidad penal. El caso del artículo 54.1. a) de la LOEx», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1, 2023.

GUICHOT REINA, V., *Datos personales y Administración Pública*, Civitas, Madrid, 2005.

GUTIÉRREZ NOGALES, S.D., «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reagrupación familiar de los menores y el interés superior del menor», *ReDCE*, núm. 26, julio-diciembre de 2016.

HATHWAY, J. C., *The Law of Refugee Status*, Butterworth, Toronto, 1991.

HERSCH, J., *El derecho de ser hombre*, Unesco-Tecnos, Madrid, 1984.

HERZOG, T., «Naturales y extranjeros: sobre la construcción de categorías en el mundo hispánico», *Cuadernos de Historia Moderna*, núm. 10, 2011.

HERZOG, T., *Vecinos y extranjeros: hacerse español en la edad moderna*, Alianza, Madrid, 2006.

HORCAS LÓPEZ, V., *Entre el control y la protección. Los dispositivos de atención de los menores migrantes no acompañados (MMNA) en el País Valencià*, Universidad de Valencia, Valencia, 2016.

HÜFNER, K. y SCHLAAK, C., *Violaciones de los Derechos Humanos: ¿Qué puedo hacer? Mecanismos y Procedimientos de Derechos Humanos en la práctica*, DGVN, Berlín, 2012.

ICAM y CENTRO PUEBLOS UNIDOS, *Estancia irregular: ¿Multa o expulsión?*, Madrid, 2011.

IMBRODA ORTIZ, B.J y RUIZ SUTIL, C. (coords.), *Memento Experto Extranjería*, Francis Lefebvre, Madrid, 2019.

IZCUE, M.; CASTELLANO, N.; MORALES, A. y ALDEKOA, X. «Esenciales pero discriminados», *Revista 5W*, 20 de junio de 2020.

JEAN-MARIE, H., *Mass expulsion in modern International law and practice*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1995.

JIMENA QUESADA, L., «El Comité Europeo de Derechos Sociales: sinergias e impacto en el sistema internacional de Derechos Humanos y en los Ordenamientos nacionales», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 25, 2015, pp. 99-127.

JOPPKE, C., "Immigration challenges the Nation-state" en JOPPKE, C. (ed.), *Challenge to the Nationstate. Immigration in Western Europe and the United States*, Oxford University Press, Oxford, 1998.

KANT, E. *Hacia la paz perpetua*, Biblioteca Nueva-Clásicos del pensamiento, Madrid, 1999, p. 95.

KEYGNAERT, I. y GUIEU, A., "What the eye does not see: a critical interpretive synthesis of European Union policies addressing sexual violence in vulnerable migrants", *Reproductive Health Matters*, vol. 23, núm. 46, 2015, pp. 45-55.

KISTIEVA, J., *Extranjeros para nosotros mismos*, Plaza y Janés, Barcelona, 1991.

KOSKENNIEMI, M. *La Política del Derecho Internacional*, Trotta, Madrid, 2020.

LA BARBERA, Mª.C., «La subjetividad jurídica de las personas migrantes» en ARCOS RAMÍREZ, F. y DÍEZ PERALTA, E. (eds.), *Fronteras, migraciones y Derechos Humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 117-146.

LA SPINA, E., «La evaluación de vulnerabilidades migrantes y el procedimiento de control previo de entrada en las fronteras exteriores europeas: aporías y desafíos» en ARCOS RAMÍREZ, F. y DÍEZ PERALTA, E. (eds.), *Fronteras, migraciones y Derechos Humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp.147-175.

LAFUENTE BENACHES, M., *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la Administración*, Tecnos, Madrid, 1992.

LAFUENTE SÁNCHEZ, R., «Decisiones de retorno contra nacionales de terceros estados que se encuentren en situación irregular en España: consecuencias de la (supuesta) incompatibilidad de la Ley de Extranjería con la Directiva 2008/115 y de su ausencia de efecto directo vertical», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13 n.º 1, 2021, pp. 388-407.

LANTARÓN BARQUÍN, D., «Migraciones laborales y Organización Internacional del Trabajo: revisando los pilares de una construcción normativa universal», *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 152, 2020.

LOCHAK, D. «L'entrée et le séjour des étrangers en France: une législation sous influence», *L'actualité juridique. Droit administratif*, núm. 10, 1989, pp. 586-597.

LOCHAK, D., «Commentaire de l'article 3 du Protocole n.° 4» en PETTITI, L.E.; DECAUX, E.; TEITGEN, P.H., (dirs.), *La Convention européenne des droits de l'homme: Commentaire article par article*, Economica, París, 1999 (2ª ed.).

LÓPEZ GARRIDO, D., *El derecho de asilo*, Trotta-Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1991.

LÓPEZ MUÑIZ GOÑI, M., *La nueva Ley de extranjería*, Colex, Madrid, 2001.

LÓPEZ SALA, A.M., *Inmigrantes y Estados: la respuesta política ante la cuestión migratoria*, Anthropos, Barcelona, 2005 (1ª ed.).

MARSH A. H., "Colonial expulsion of aliens: an answer", *American Law Review*, vol. 33, 1899.

MARTÍN ARRIBAS, J.J, «La aplicación de la Directiva de Acogida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea». *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 85/ Enero-marzo 2023, pp. 9-43.

MARTÍN ARRIBAS, J.J, «Los acuerdos de retorno y readmisión de migrantes de la UE: Entre la legitimidad y la utilidad». REEI, múm.45, junio 2023. DOI: 10.17103/reei.45.06.

MARTÍN DELGADO, I., «El acceso a los datos del padrón por administraciones públicas distintas de la municipal en materia de extranjería», *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 161, 2014.

MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., «Límites a la libre circulación de personas en la UE por razones de orden público, seguridad o salud pública en tiempos de crisis: una revaluación a la luz de la jurisprudencia del TJUE», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 49, 2014.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., «La vulneración de derechos en la frontera sur: de las devoluciones en caliente al rechazo en frontera», *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 18, 2020, pp. 28-39.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «"Expulsiones en caliente": cuando el Estado actúa al margen de la Ley», Informe promovido desde el Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE (DER 2011-26449), 27 de junio de 2014.

MARTÍNEZ PÉREZ, O., «La expulsión de extranjeros y la labor de Organismos Internacionales al respecto. Comentarios de Cátedra», *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol.1, núm. 9, 2013.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A., «La idea de humanitas en M.T. Cicerón», *Revista Internacional de Filosofía*, núm. 62, 2014, pp. 123-138.

MIAJA DE LA MUELA, A., *Introducción al Derecho internacional público,* Atlas, Madrid, 1979 (7ª ed.).

MIRALLES SANGRO, P.P., «Democracia, derechos humanos y constitución exigen el cierre inmediato de los centros de internamiento de extranjeros (CIES)», *RDUNED. Revista de Derecho UNED*, n.º 10, 2012, pp. 731-742.

MORENO LAX, V., *Acceding Asylum in Euorope,* Oxford University Press, Oxford, 2017.

MORGAN, R. Y EVANS, M., *Preventing Torture*, Clarendon Press, Oxford, 1998.

MORTE GÓMEZ, C., *Cómo presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Modificaciones tras la entrada en vigor del Protocolo n.º 14*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

MOURA, A., «Populismo, flujos migratorios y el Estado soberano en el siglo XXI» en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. y GONZÁLEZ HERRERA, D. (coords.), *Desafíos jurídicos en la gestión internacional y europea de los flujos migratorios: una mirada luso-española*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 76-88.

MOYA MALAPEIRA, D., «La devolución de extranjeros en el ordenamiento jurídico español», *R.V.A.P.*, núm. 62, 2002.

MUÑOZ AUNIÓN, A., «El laberinto del visado como instrumento jurídico de la unión europea. Un ejemplo de no modelo para Unasur», *Ciencia Jurídica Universidad de Guanajuato*, vol. 2, núm. 4, 2013.

MUÑOZ LORENTE. J., «La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad del artículo 89 del CP tras su reforma por la ley orgánica 11/2003», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º Extra 2, 2004, pp. 401-482.

NOWAK, M., *UN Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary*, Engel, Kehl, 2005 (2ª ed.).

OCHOA ESPEJO, P., «Acerca de las fronteras: territorios, legitimidad y los derechos del lugar» en ARCOS RAMÍREZ, F. y DÍEZ PERALTA, E. (eds.), *Fronteras, migraciones y Derechos Humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 21-36.

PALOMAR OLMEDA, A. «La reformulación de la doctrina en materia de derechos de los extranjeros en España: los avances de la jurisprudencia», *Diario La Ley*, núm. 9064, 2017.

PELAYO MOLLER, C.Mª., *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, CNDH, México, 2011.

PELE, A., *La dignidad humana. Sus orígenes en el pensamiento clásico,* Dykinson, Madrid, 2010.

PEÑA, L., «El Derecho de extranjería en los ordenamientos constitucionales», *Isegoría*, núm. 26, 2002, pp. 181-217.

PÉREZ LUÑO, A.E., *La polémica sobre el Nuevo Mundo*, Trotta, Madrid, 1992.

PETIT DE GABRIEL, E. W., «Sobre la ceguera de la ley o la desprotección por desconocimiento: menores separados, e invisibles» en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. y GONZÁLEZ HERRERA, D. (coords.), *Desafíos jurídicos en la gestión internacional y europea de los flujos migratorios: una mirada luso-española*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 89-111.

PEY GONZÁLEZ, J. M.ª, «Reciente doctrina del Tribunal Supremo en extranjería (II)», *Diario La Ley*, n.º 10205, 2023.

PLATÓN y ENGLAND, E. (ed.), *The Laws of Plato*/*the text edited, with introduction, notes, etc., by E. B. England*, Manchester University Press, Manchester (Reino Unido), 1921.

POUND, R., *Interpretations of Legal History*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1946.

REMIRO BROTÓNS, A., *Derecho Internacional (curso general)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

REY MARTÍNEZ, F., «La discriminación racial en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Pensamiento Constitucional*, núm. 17, 2012.

RICART MARTÍ, E., *La situación Jurídica del individuo en relación con la libertad y la ciudadanía en Derecho Romano. Una visión del siglo XX*, Universidad Carlos III, Instituto Lucio Anneo Séneca, Madrid, 2005.

ROBERT, J. y WATTS, A. (eds.), *Oppenheim's International Law*: *Volume I – Peace*, Oxford University Press, Oxford, 2008 (9ª ed.).

RODRIGO UPRIMNY YEPES, R. y SÁNCHEZ DUQUE, L.M., *Convención Americana Sobre Derechos Humanos comentada*, México, 2014, p. 551.

RODRÍGUEZ CANDELA, J.L. y GARCÍA ESPAÑA, E., «La devolución del Extranjero», *La Ley*, núm. 5, 1996, pp. 1338-1350.

RODRÍGUEZ CANDELA, J.L., La incidencia de la oficina del defensor del pueblo en la política legislativa de extranjería», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 36, 2014.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª.F., *Igualdad y Discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.

ROLDÁN BARBERO, J., «La extradición y la pena de muerte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. La Sentencia Soering de 7 de julio de 1989», *Real Instituto Elcano*, vol. 17, 1990.

ROLLNERT LIERN, G., «El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 115, 2019.

RUIZ DE LOBERA PÉREZ-MÍNGUEZ, M., «Inmigración, diversidad, integración exclusión: conceptos clave para el trabajo con la población inmigrante», *Revista de Estudios de Juventud*, núm. 66, 2004.

RUIZ LEGAZPI, A., *La expulsión de menores extranjeros,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.

RUIZ VIEYTEZ, E., *Minorías, inmigración y democracia en Europa*. *Una lectura multicultural de los derechos humanos,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2006..

RWELAMIRA, M., «La Convención de la OUA de 1969 sobre los Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África», *International Journal of Refugee Law*, vol. 1, núm. 4, 1989.

SAAVEDRA ÁLVAREZ, Y., «El Sistema Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos. Prolegómenos», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional,* vol. 8, 2008, pp. 671-712.

SAGARRA TRIAS, E., *La legislación sobre extranjería e inmigración: una lectura: los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*, Universitat Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2002.

SAGARRA TRÍAS, E., *La legislación sobre extranjería e inmigración: una lectura: los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*, Edicions Universitat Barcelona, Barcelona, 2002.

SAGARRA TRÍAS, E., *La legislación sobre extranjería e inmigración: una lectura: los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*, Edicions Universitat Barcelona, Barcelona, 2002.

SALADO OSUNA, A., «El Protocolo de Enmienda número 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos» y «Los Estados bálticos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos» en *Anuario de Derecho Europeo,* vol. 3, 2003, pp. 235-264 y pp. 955-956.

SALADO OSUNA, A., «Los tratos prohibidos en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos» en GARCÍA ROCA, F.J. y SANTOLAYA MACHETTI, P. (coords.), *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

SALINAS DE FRÍAS, A., «Detención, garantías esenciales y Estado de Derecho en la jurisprudencia del TEDH», *Revista de Derecho Político de la UNED,* núm. 79, 2010, pp. 285-307.

SALINERO, S., «La expulsión de extranjeros en el derecho penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile», *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales,* vol. 6, n.º 11, 2011, pp. 106-141.

SÁNCHEZ LEGIDO. A., *La reforma del mecanismo de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos,* Colex, Madrid, 1995.

SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., «Las "devoluciones en caliente" en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, AS. N.D. y N.T. vs España, de 03.10.2017)», *Revista Española de Derecho Europeo, núm. 65, enero-marzo 2018.*

SILVEIRA GORSKI, H.C., «La legalarbitrariedad como mecanismo jurídico de control de la inmigración irregular», *Crítica Penal y Poder: una publicación del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos,* n.º 12, 2017, pp. 34-54.

SIMMEL, G.; SCHÜTZ, A.; ELIAS, N. y CACCIARI, M., *El extranjero, Sociología del extraño,* Sequitur, Madrid, 2012.

SIMON, A.; y DULITZKY A., *Estudio sobre la Relatoría sobre los Derechos de la Niñez de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Save the Children Suecia – Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Lima, 2011.

SOLANES CORELLA, A., «Contra la normalización de la ilegalidad: la protección judicial de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas y las devoluciones 'en caliente'», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 36. 2017, pp. 196-225,

SOLER GARCÍA, C., «La prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial referencia al caso de España», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 45, 2018.

SOLER GARCÍA, C., *Los límites a la expulsión de extranjeros ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2009.

STEINBOCK, D. J., "The refugee definition as law: Issues of interpretation" en NICHOLSON, F. y TWOMEY, P. (dirs.), *Refugee Rights and Realities: Evolving International Concepts and Regime*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998.

STEINER, C. y URIBE, P., *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Temis, 2014.

SYMONIDES, J., "UNESCO's Contribution to the Progressive Development of Human Rights", *Max Planck UNYB 5*, 2001.

TEITGEN-COLLY C., "Le droit d'asile: la fin des illusions", *L'Actualité juridique*. *Droit administratif,* 1994.

TEITGEN-COLLY, C y JULIEN-LAFERRIÈRE, J, «Chronique de législation: étrangers», *L'actualité juridique. Droit administratif*, núm. 11, 1998, pp. 922-930.

TENIN, L. (dir.), *Recueil des décisions des Tribunaux arbitraux mixtes institués par les Traités de paix*, Librairie de la Société du recueil Sirey, París, 1928,

TITO LIVIO, *La historia de Roma – Libro XXXI (Ab Urbe Condita)*, JM Dent & Sons, Londres, 1905.

TOLOSA TRIBIÑO, C., «La devolución de extranjeros: comentario a la STS de 12 de marzo de 2013», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 33, 2013.

TOMÉ GARCÍA, J.A., «Autorización de expulsión prevista en el art. 57. LOEx» en MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (coord.), *Detención internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras*, Cuadernos Digitales de Formación del CGPJ, 2015.

TRUJILLO HERRERA, R., *La Unión Europea y el Derecho de asilo*, Dykinson, Madrid, 2003.

TURPIN, D., «Les nouvelles conditions de l'expulsion des réfugiés», *Revue française de droit administratif*, vol. 2, núm. 2, pp. 137-154.

URÉGANO MANSILLA, I., «Nacionalidad, democracia y justicia global» en ARCOS RAMÍREZ, F. y DÍEZ PERALTA, E. (eds.), *Fronteras, migraciones y Derechos Humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 87-115.

URIZARBARRENA PÉREZ, X., «Crónica de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 69, enero-abril 2021.

VALLES FERRERO, M., «Acceso al asilo y otras formas de protección internacional de personas que llegan por mar o por tierra a Ceuta, Melilla y costas españolas», *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 18, diciembre de 2019.

VAN BOVEN, T. C., "The petition system under ICERD. An unfullfilled promise" en ALFREDSSON, G. (ed.), *International human rights monitoring mechanisms. Essays in honour of Jakob Th. Möller*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009 (2ª ed.).

VAN REENEN, T. P, Y COMBRINCK, H., «La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad en África: progresos después de cinco años», *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2011.

VELASCO, J. C., «Arbitrariedad y funcionalidad de las fronteras» en ARCOS RAMÍREZ, F. y DÍEZ PERALTA, E. (eds.), *Fronteras, migraciones y Derechos Humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 37-56.

VERGARA CEBALLOS, F., *Trabajadoras inmigrantes en España: un supuesto de doble discriminación*, diciembre de 2015.

VICENTE BLANCO, D.J. «El Sistema de los Acuerdos de Schengen desde el Derecho Internacional Privado (y II)», *Revista de Estudios Europeos*, núm. 11, septiembre-diciembre de 1995, pp. 91-119.

VICENTE BLANCO, D.J., «El Sistema de los Acuerdos de Schengen desde el Derecho Internacional Privado (I). Perspectiva General y de Cooperación», *Revista de Estudios Europeos*, núm. 10, mayo-agosto de 1995, pp. 47-80.

VICENTE BLANCO, D.J., «Inmigración, derecho de extranjería y exclusión social: el modelo constitucional de derechos de los extranjeros en España» en AA.VV., *Voces Escondidas II. Estudio sobre la situación socio económica y laboral de la población inmigrante en Castilla y León*, Delta, Madrid, 2009, pp. 319-371.

VICENTE BLANCO, D.J., «Medidas de excepción adoptadas en las normas del estado de alarma por causa de la pandemia COVID-19 y sus efectos en los contratos internacionales», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n.º 26, 2020.

VICENTE BLANCO, D.J., «Nacionalidad y extranjería en las comunidades de Castilla» en SZÁSDI LEÓN-BORJA, I. y VICENTE BLANCO, D.J. (eds.), *Cuando el mal*

gobierno sublevó a un pueblo: 1521-2021: 500 años de la revolución comunera, Páramo, Valladolid, 2021.

VICENTE BLANCO, D.-J., «Una regulación integral de la inmigración para Europa», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 5, 2003, pp. 91-113.

WEBER, M., *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1993 (2ª. ed.).

WHATTHÉE, S., *Les mesures provisoires devant la Cour européenne des droits de l'homme: La protection préventive des droits conventionnels en puissance?,* Anthemis, Bruselas, 2017, pp. 31 y ss.

WOUTERS, C.W., *International Legal Standards for the protection from refoulement: A legal analysis of the prohibitions on refoulement contained in the Refugee Convention, the European Convention on Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights and the Convention against Torture*, Universidad de Leiden, 2009.

II. DOCUMENTOS

1. Naciones Unidas

Informes de los Relatores especiales de las Naciones Unidas

BUSTAMANTE, J., *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Jorge Bustamante*, Documento E/CN.4/2006/73, de 30 de diciembre de 2005.

JAHANGIR, A., *Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los derechos humanos en la República Islámica del Irán*, Documento A/HRC/34/65, de 17 de marzo de 2017.

KAMTO, M., *Informe preliminar sobre la expulsión de extranjeros del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial*, Documento A/CN.4/554, de 4 de abril de 2005.

— *Segundo informe sobre la expulsión de extranjeros*, Documento A/CN.4/573, de 20 de julio de 2006.
— *Tercer informe sobre la expulsión de extranjeros*, Documento A/CN.4/581, de 19 de abril de 2007.
— *Sexto informe sobre la expulsión de extranjeros*, Documento A/CN.4/625/Add.2, de 9 de julio de 2010.

RODRÍGUEZ PIZARRO, G., *Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos – Trabajadores migrantes*, Documento E/CN.4/2003/85, de 30 de diciembre de 2002.

WEISSBRODT, D., *Informe final del relator especial, David Weissbrodt – Prevención de la discriminación: los derechos de los no ciudadanos*, Documento E/CN.4/Sub.2/2003/23, de 26 de mayo de 2003.

Observaciones generales de los órganos de los Tratados de la ONU

Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares y Comité de los Derechos del Niño:

— Observación general conjunta n.º 4 del CMW y n.º 23 del CRC, «las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno», CMW/C/GC/4−CRC/C/GC/23, 16 de noviembre de 2017.

Comité Contra la Tortura:

— Observación general n.º 1 del CAT, «la aplicación del artículo 3 en relación con el artículo 22 de la Convención», CAT/C/GC/1, 1997.
— Observación general n.º 2 del CAT, «la aplicación del artículo 2 por los Estados Partes», 2007.
— Observación general n.º 4 del CAT, «la aplicación del artículo 3 de la Convención en el contexto del artículo 22», CAT/C/GC/4, 4 de septiembre de 2017.

Comité de los Derechos del Niño:

— Observación general n.º 6 del CRC, «trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen», CRC/GC/2005/6, 1 de septiembre de 2005.
— Observación general n.º 10 del CRC, «los derechos de los niños en la justicia para menores», CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007.

Comité de Derechos Humanos:

— Observación general n.º 15 del CCPR, «la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto», HRI/GEN/1/Rev.6, p. 159.
— Observación general n.º 20 del CCPR, «prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7)», HRI/GEN/1/Rev.6, p. 173.
— Observación general n.º 27 del CCPR, «artículo 12 (La libertad de circulación)», CCPR/C/21/Rev.1/Add.9.
— Observación General n.º 30 del CCPR, «obligación de presentar informes con arreglo al artículo 40 del Pacto», CCPR/C/21/Rev.2/Add.12.
— Observación general n.º 31 del CCPR, «naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto», CCPR/C/123/D/2371/2014.
— Observación general n.º 32 del CCPR, «artículo 14 – Derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia», CCPR/C/GC/32.
— Observación general n.º 35 del CCPR, «artículo 9: Libertad y Seguridad de la persona», CCPR/C/GC/35.

Comité Para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer:

— Observación general n.º 4 del CEDAW, «reservas», 1987.
— Observación general n.º 20 del CEDAW, «reservas formuladas en relación con la Convención», 1992.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

— Observación general n.º 20 del CESCR, «la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)», E/C.12/GC/20.

Recomendaciones generales de los órganos de los Tratados de la ONU

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial:

— Recomendación general n.º 11 del CERD, «relativa a los no ciudadanos», A/48/18, 19 de marzo de 1993.
— Recomendación general n.º 22 del CERD, «relativa a los refugiados y las personas desplazadas», A/51/18, 24 de agosto de 1996.
— Recomendación general n.º 25 del CERD, «relativa a las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género», 20 de marzo del 2000.
— Recomendación general n.º 27 del CERD, «relativa a la discriminación de los romaníes», 16 de agosto del 2000.
— Recomendación general n.º 30 del CERD, «relativa a la discriminación contra los no ciudadanos», 05/10/04, 2004.

Comité Para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer:

— Recomendación general n.º 28 del CEDAW, «sobre las obligaciones básicas de los Estados partes de conformidad con el artículo 2 de la Convención», CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010.
— Recomendación general n.º 31 del CEDAW y Observación general n.º 18 (2014) del CRC, «sobre las prácticas nocivas», CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18, 14 de noviembre de 2014.
— Recomendación general n.º 32 del CEDAW, «sobre las dimensiones de género del estatuto de refugiada, el asilo, la nacionalidad y la apatridia de las mujeres», CEDAW/C/GC/32, 14 de noviembre de 2014.
— Recomendación general n.º 35 del CEDAW, «sobre violencia contra la mujer basada en el género, (actualizando la Recomendación general n.º 19)», CEDAW/C/GC/35, 26 de julio de 2017.

Otros documentos

ACNUDH, *Informe del alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los talleres de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso*, A/HRC/22/17/Add.4, 11 de enero 2013.

— *Principios y Directrices Recomendados sobre los Derechos Humanos y la Trata de Personas*, E/2002/68/Add.1, 2002.

ACNUR, Conclusión n.º 39, «sobre mujeres refugiadas y la protección internacional», 1985 (36º periodo de sesiones del Comité Ejecutivo de ACNUR).

— *Directrices sobre protección internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967*, HCR/GIP/02/01, 7 de mayo de 2002.
— *Directrices sobre protección internacional: La aplicación del artículo 1ª (2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata*, HCR/GIP/06/07, 7 de abril de 2006.

— *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*, 1979.
— *Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y directrices sobre protección internacional en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, HCR/1P/4/Spa/Rev.4, Reedición Ginebra, febrero de 2019.
— *Nota de orientación sobre la extradición y la protección internacional de los Refugiados*, Sección de Políticas de Protección y Asesoría Legal, Ginebra, abril de 2008.
— Recomendación n.º R (80) 9 de ACNUR, «sobre la Extradición a Estados no Partes del Convenio Europeo de Derechos Humanos, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 27 de junio de 1980.

AGNU, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones*, Suplemento núm. 40 (A/52/40), vol. II, anexo VI.G, 1995-1996.

— *Expulsión de extranjeros – Memorando de la Secretaría (58º periodo de sesiones de la CDI)*, documento A/CN.4/565, 10 de julio de 2006.
— Resolución de la AGNU de 16 de diciembre de 1977 (A/RES/32/120).
— Resolución de la AGNU de 14 de diciembre de 1990 (A/RES/45/117).
— Resolución de la AGNU de 24 de febrero de 2000, sobre protección de los migrantes (A/RES/54/166).

BARONESS, E., *Disposiciones internacionales de protección de los derechos humanos de los no ciudadanos*, E/CN.4/Sub.2/392/Rev.1, Naciones Unidas, Nueva York, 1980.

CAT, *Informe del Comité contra la Tortura – 27º y 28º periodos de sesiones*, A/57/44, 17 de mayo de 2002.

— *Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura – Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los territorios dependientes*, CAT/C/CR/33/3, 10 de diciembre de 2004.
— *Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura concernientes al segundo informe sobre los Estados Unidos de América*, CAT/C/KOR/CO/2, 25 de julio de 2006.

CCPR, *Promoción y protección de los derechos humanos. La protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, E/CN.4/2006/94, 16 de febrero de 2016.

CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 2001 – Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones*, vol. II (segunda parte), Documento A/56/10, 2001.

— *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 61.º período de sesiones*, Documento A/64/10, 2009.
— *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66.º período de sesiones*, Documento A/69/10, 2014.

CED, *Guiding Principles for the search for disappeared persons*, CED/C/7, 8 de mayo de 2019.

CRC, *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España*, CRC/C/ESP/CO/5-6, 5 de marzo de 2018.

ECRE/ELENA, *Securing and advancing access to asylum through the individual communications procedures of the UN Treaty Bodies*, marzo 2021.

ONU, *Estudio mundial sobre el papel de la mujer en el desarrollo 2004. La mujer y la migración internacional*, A/59/287/Add.1, Naciones Unidas, Nueva York, 2005, pp. 16 y 17.

— *Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia*, A/CONF.189/12, 31 de agosto a 8 de septiembre de 2001.
— *United Nations Juridical Yearbook – 1980*, Nueva York, 1983.

UIP, OIT y ONU, *Manual para parlamentarios n.º 24 – Migración, derechos humanos y gobernanza*, Documento HR/PUB/15/3, 2015.

UNESCO, *Comité de Convenciones y Recomendaciones: documento de información*, 214 EX/CR/2, 15 de febrero de 2022.

— *Evaluación de los procedimientos aprobados por el Consejo Ejecutivo para el examen de las comunicaciones relativas a violaciones de los derechos humanos en los ámbitos de competencia de la UNESCO*, 120 EX/17, 10 de septiembre de 1984.
— *Examen de las comunicaciones transmitidas al Comité de Convenciones y Recomendaciones en cumplimiento de la Decisión 104 ex/3.3, e informe del Comité al respecto. Comparación del procedimiento del Comité de Convenciones y Recomendaciones con los de los órganos de las Naciones Unidas que se ocupan de los Derechos Humanos*, 166 EX/23, 13 de marzo de 2003.
— *Informe de la mesa sobre las cuestiones que, con arreglo a la decisión del Consejo (103 EX/Decs., 3.2.1, párrafo 2 c)), no parece deban dar lugar a debate*, 124 EX/47, 7 de mayo de 1986.
— *Informe del Comité de Convenciones y Recomendaciones*, 155 EX/PRIV, 13 de noviembre de 1998.

2. Consejo de Europa

ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, Recomendación 1504 (2001)., de 14 de mayo de 2001, sobre la no expulsión de los inmigrantes de larga duración.

— Recomendación 1596 (2003), de 31 de enero de 2003, «sobre la situación de los jóvenes migrantes en Europa».
— Recomendación 1703 (2005), de 28 de abril de 2005, «sobre protección y asistencia para menores solicitantes de asilo».

— Recomendación 1969 (2011), de 15 de abril de 2011, «sobre menores no acompañados en Europa: Problemas relativos a la llegada, estancia y retorno».
— Recomendación 1985 (2011), de 7 de octubre de 2011, «sobre la prolongada llegada de migrantes irregulares, solicitantes de asilo y refugio a las orillas de Europa del Sur».
— Resolución 1247 (2001) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 22 de mayo de 2001, «sobre la mutilación genital femenina».
— Resolución 1810 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 15 de abril de 2011, «Menores migrantes indocumentados en situación irregular: Un motivo real de preocupación».

COMISIÓN DE VENECIA, *Informe sobre la Relación entre la Libertad de expresión y la Libertad de religión: legislación y procesamiento por blasfemia, insulto religioso e incitación al odio religioso*, CDL-AD (2008)026, 23 de octubre de 2008.

COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, Recomendación (2008)11, de 5 de noviembre de 2008, «Reglas Europeas para infractores juveniles sometidos a sanciones o medidas».

— Recomendación Rec(2005)6, «sobre la exclusión del estatuto de refugiado en el contexto del artículo 1 F de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados», de 23 de marzo de 2005.
— Resolución R(67) 14, de 29 de junio de 1967, «sobre el Asilo de Personas Amenazadas de Persecución».
— Resolución R(97) 20, de 30 de octubre de 2007, «sobre el discurso del odio».

CONSEJO DE EUROPA, *Are we there yet? Assessing progress, inspiring action: Conclusions and Recommendations*, Estrategia de Igualdad de Género del Consejo de Europa 2014-2017.

— *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on human rights and the fight against terrorism*, H (2002) 4, 11 de julio de 2002.

TEDH, «The European Court grants urgent interim measures in application concerning Russian military operations on Ukrainian territory», ECHR 068 (2022), 1 de marzo de 2022.

— *Guía práctica sobre la admisibilidad*, 2014.
— *Ficha temática: Expulsiones y extradiciones*, julio de 2013, pp. 2 a 4.

3. Unión Europea

COMISIÓN EUROPEA, *Hacia una estrategia de la Unión Europea sobre los derechos de la infancia*, COM, 2006, 367 final, 4 de julio de 2006.

— Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38/CE 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*, COM (2009) 313, final, 2 de julio de 2009.

— *Comunicación de la Comisión COVID-19, Directrices sobre la aplicación de las disposiciones pertinentes de la UE en materia de procedimientos de asilo y retorno y de reasentamiento* (2020/C 126/02).
— *Comunicación de la Comisión relativa a las directrices operativas para la aplicación de la Decisión de Ejecución 2022/382 del Consejo por la que se constata la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de Ucrania en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2001/55/CE y con el efecto de que se inicie la protección temporal* (2022/C 126 I/01).
— *Informe conjunto sobre la aplicación de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico («Directiva de igualdad racial») y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación («Directiva de igualdad en el empleo»),* COM(2014) 2 final, Bruselas, 17 de enero de 2014.
— *Libro verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales, Comisión Europea,* COM (2002) 175 final, 10 de abril de 2002.
— *Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014),* COM, 2010, 213 final, 6 de mayo de 2010.

EASO, *Exclusión: Artículos 12 y 17 de la Directiva de reconocimiento - Análisis Judicial*, 2016.

— *Guidance on reception conditions: operational standards and indicators*. 2016.

ECRI, Recomendación General n.º 15 «relativa a la lucha contra el discurso de odio y Memorándum explicativo», adoptada el 8 de diciembre de 2015.

FRA, *Manual de legislación europea contra la discriminación*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2019.

— *Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2020.

PARLAMENTO EUROPEO, Resolución de 14 de marzo de 2013, «sobre el refuerzo de la lucha contra el racismo, la xenofobia y los delitos motivados por el odio» (2013/2543(RSP)).

— Resolución de 12 de septiembre de 2013, «sobre la situación de los menores extranjeros no acompañados en la Unión Europea» (2012/2263(INI)).
— Resolución de 16 de enero de 2014, «sobre el respeto del derecho fundamental a la libre circulación en la UE» (2013/2960(RSP)).
— Resolución de 15 de marzo de 2017, «sobre los obstáculos a la libertad de los ciudadanos de la Unión de circular y trabajar en el mercado interior» (2016/3042(RSP)).
— Resolución de 12 de diciembre de 2017, «sobre el Informe sobre la ciudadanía de la UE 2017: Fortaleciendo los derechos de los ciudadanos en una Unión de cambio democrático» (2017/2069(INI)).

4. Otras organizaciones regionales

CIDH, *Informe Anual 1991*, OEA/Ser.L/V/II.79.rev.1, 22 de febrero de 1991.

— *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999*, OEA/Ser.L/V/II.106 doc. 6 rev, 13 de abril de 2000.
— *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/ll.116Doc. 5 rev. 1 corr., 22 de octubre de 2002.
— *Las Mujeres Frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia*, OEA/Ser. L/V/II., Doc. 67, 18 de octubre de 2006.
— *Movilidad humana. Estándares interamericanos*, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 46/15, 31 de diciembre de 2015.
— Resolución 04/19 de la CIDH, «Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y víctimas de la trata de personas, 7 de diciembre de 2019».
— Resolución 64/2018 de la CIDH, de 16 de agosto de 2018, «Niños migrantes afectados por la política de "Tolerancia Cero" con respecto a los Estados Unidos de América».

5. España

AEPD, *Informe 0010/2014*, 5 de marzo de 2014.

CEAR, *Informe 2022: las personas refugiadas en España y Europa*, Madrid, 2022.

— *Informe sobre la Migración en Canarias, la emergencia previsible*, 2021.
— *Marruecos: Desprotección y vulneración de derechos de las personas migrantes y refugiadas a las puertas de Europa*, Madrid, 2015.

CES, *Informe 02/2019 sobre la inmigración en España: efectos y oportunidades*, adoptado en Sesión ordinaria del Pleno de 20 de marzo de 2019.

CONSEJO DE ESTADO, Dictamen 557/2014, de 26 de junio de 2014, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana.

CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA, Protocolos de actuación letrada en materia de extranjería, Thomson Reuters Lex Nova, 2012.

DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO, *Informe anual 2019*, 2020/C 400/05, 24 de noviembre de 2020.

— *Actuaciones ante la pandemia de covid-19*, Madrid, 2020.
— *Informe Anual 2018 – Mecanismo Nacional de Prevención*, Madrid, 2019.
— *Informe sobre Asistencia Jurídica de los Extranjeros en España*, Madrid, 2005.
— Recomendación 200/2013, de 27 de noviembre, formulada al Ministerio del Interior, «sobre la retirada de la concertina colocada sobre el vallado exterior en Melilla, sustituyéndola por un mecanismo no cortante que dificulte el salto de la valla».

FGE, Circular 2/2006, de 27 de julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España.

— Circular 3/2015, de 22 de junio, sobre el régimen transitorio tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015.
— Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de extranjería e inmigración.
— Circular 7/2015, de 17 de noviembre, sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión tras la reforma operada por LO 1/2015.
— Consulta 1/2001, de 9 de mayo de 2001, retorno de extranjeros que pretenden entrar ilegalmente en España: alcance y límites.

INE, *Cifras de Población (CP) a 1 de enero de 2020. Estadística de Migraciones (EM). Año 2019 (Datos provisionales),* 8 de junio de 2020.

MINISTERIO DEL INTERIOR, *Avance de datos de protección internacional, aplicación del Reglamento de Dublín y reconocimiento del estatuto de apátrida. (Datos provisionales acumulados entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2019).*

6. Otros

AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Manual de uso contra la discriminación racial,* IOR 80/001/2001/s, 2001.

BANCO MUNDIAL, *Women, Business and the Law 2016: Getting to Equal*, Washington, D.C., 2015.

IDI, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 10, 1888-1889, Sesión de Lausana.

— *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 11, 1889-1892, Sesión de Hamburgo.
— *Annuaire de l'Institut de droit international,* vol. 12, 1892-1894, Sesión de Ginebra.
— *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 39, tomo II, Sesión de Bruselas.
— Resolución de 9 de septiembre de 1983, «Reglas internacionales sobre la admisión y expulsión de extranjeros».

ILA, «Declaración de Principios de Derecho Internacional sobre las Expulsiones en Masa», adoptada en la 62ª Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional, celebrada en Seúl (Corea del Sur) del 24 a 30 de agosto de 1986.

III. LEGISLACIÓN

1. Instrumentos internacionales

Naciones Unidas

Convenios

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Ginebra el 28 de julio de 1951 (BOE-A-1978-26331).

— Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967 (BOE-A-1978-26331).

Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, adoptada en Nueva York el 28 de septiembre de 1954 (BOE-A-1997-14850).

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada en la Resolución de 21 de diciembre de 1965 de la AGNU (A/RES/2106(XX)) (BOE-A-1969-597).

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 (BOE-A-1984-6749).

Convención sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada en la Resolución de 18 de diciembre de 1990 de la AGNU (A/RES/45/158).

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 (BOE-A-2003-18040).

— Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 (BOE-A-2003-22719).
— Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 (BOE-A-2003-22593).

Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006 (BOE-A-2011-3164).

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998 (BOE-A-2002-10139).

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en la Resolución de 16 de diciembre de 1966 de la AGNU (A/RES/2200(XXI)) (BOE-A-1977-10734).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en la Resolución de 16 de diciembre de 1966 de la AGNU (A/RES/2200(XXI)) (BOE-A-1977-10733).

— Segundo Protocolo Facultativo, destinado a abolir la pena de muerte, adoptado en la Resolución de 15 de diciembre de 1989 de la AGNU (A/RES/44/128) (BOE-A-1991-17792).

Declaraciones

Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada en la Resolución de la AGNU de 10 de diciembre de 1948 (A/RES/217(III)).

Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, adoptada en la Resolución de la AGNU de 20 de noviembre de 1963 (A/RES/1904(XVIII)).

Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada en la Resolución de la AGNU de 9 de diciembre de 1975 (A/RES/3452(XXX)).

Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, adoptada en la Resolución de la AGNU de 13 de diciembre de 1985 (A/RES/40/144).

Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, adoptada en la Resolución de la AGNU del 18 de diciembre de 1992 (A/RES/47/135).

Declaración y el Programa de Acción de Durban, adoptados en la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, celebrada en Durban (Sudáfrica) del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001.

Instrumentos regionales

Convenios

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente (BOE-A-1979-24010).

- Protocolo Adicional n.º 1 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en París el 20 de marzo de 1952 (BOE-A-1991-723).
- Protocolo n.º 4 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, reconociendo ciertos derechos y libertades, además de los que ya figuran en el Convenio y Protocolo Adicional al Convenio (Convenio n.º 46 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 16 de septiembre de 1963 (BOE-A-2009-16302).
- Protocolo n.º 7 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984 (BOE-A-2009-16399).
- Protocolo n.º 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 2000 (BOE-A-2008-4891).
- Protocolo n.º 13 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, relativo a la abolición de la pena de muerte en todas las circunstancias, hecho en Vilna el 3 de mayo de 2002 (BOE-A-2010-5208).

Convención de la OUA por la cual se regulan los Aspectos Específicos de Problemas de los Refugiados en África, de 10 de septiembre de 1969.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en San José (Costa Rica) el 22 de noviembre de 1969.

Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptada en Nairobi (Kenya) el 27 de julio de 1981.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada en Cartagena de Indias (Colombia) el 9 de diciembre de 1985.

Carta Africana sobre los Derechos y Bienestar del Niño, adoptada por la OUA el 11 de julio de 1990.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, adoptada en Belem Do Para (Brasil) el 9 de junio de 1994.

Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, adoptada en la ciudad de Guatemala, el 7 de junio de 1999.

Carta Árabe de Derechos Humanos, adoptada por el Consejo de la Liga de Estados Árabes el 22 de mayo de 2004.

Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos del Consejo de Europa, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005 (BOE-A-2009-14405).

Convenio sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica del Consejo de Europa, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (BOE-A-2014-5947).

Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia, adoptada en La Antigua (Guatemala) el 5 de junio de 2013.

Declaraciones

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, (Colombia) el 2 de mayo de 1948.

Declaración de Kigali, adoptada el 8 de mayo de 2003 en la Primera Conferencia Ministerial sobre Derechos Humanos en África (MIN/CONF/HRA/Decl.1(I)).

Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas, adoptados en la Resolución 4/19 de la CIDH, de 7 de diciembre de 2019.

Otros

Convenio concerniente a determinadas Cuestiones relativas a Conflictos de Leyes de Nacionalidad, adoptado en La Haya el 12 de abril de 1930.

Convenio n.º 97 de la OIT sobre la Migración para el Empleo de 1949 (revisado) y la Recomendación sobre los trabajadores migrantes (revisada) de la OIT de 1949 (núm. 86) (RO86).

Convenio n.º 143 de la OIT sobre los Trabajadores Migrantes y la Recomendación sobre los Trabajadores Migrantes de 1975 (núm. 151) (R151).

2. España

Leyes orgánicas

Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (BOE núm. 158, de 3 de julio de 1985).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24/11/1995).

Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 10, de 12/01/2000).

Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (BOE núm. 77, de 31/03/2015).

Leyes ordinarias

Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. (BOE núm. 263, de 31/10/2009).

Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2013).

Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (BOE-A-2023-5366).

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE-A-2015-10565).

Reales Decretos

Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE-A-2007-4184).

Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (BOE-A-2011-7703).

Real Decreto 987/2015, de 30 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE-A-2015-12090).

Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE-A-2020-3692).

Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 (BOE-A-2020-12898).

Instrucciones

Instrucción conjunta de la Dirección General de Migraciones y de la Dirección General de la Policía, por la que se determina el procedimiento para la expedición del documento de residencia previsto en el artículo 18.4 del Acuerdo de Retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (BOE-A-2020-7276).

3. Unión Europea

Tratados y Carta de Derechos Fundamentales

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE C 83/47, de 30/03/2010).

Tratado de la Unión Europea (DOUE C 83/13, de 30/03/2010).

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE C 83/389, de 30/03/2010).

Reglamentos

Reglamento (CE) n.º 343/2003 del Consejo, 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-L-2003-80273).

REGLAMENTO (UE) n.º 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión.

Reglamento (UE) n.º 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema "Eurodac" para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) n.º 604/2013 (DOUE-L-2013-81287).

Reglamento (UE) n.º 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (DOUE-L-2013-81288).

Reglamento (UE) n.º 1381/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se establece el programa "Derechos, Igualdad y Ciudadanía" para el período de 2014 a 2020 (DOUE-L-2013-82978).

Reglamento (UE) n.º 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras («Código de fronteras Schengen») (DOUE-L-2016-80504).

Reglamento (UE) n.º 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE («Reglamento de Servicios Digitales») (DOUE-L-2022-81573).

Directivas

Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DOUE-L-2000-81307).

Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOUE-L-2000-82357).

Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países (DOUE-L-2001-81412).

Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida (DOUE-L-2001-81926).

Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho de reagrupación familiar (DOUE-L-2003-81614).

Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (DOUE-L-2004-80112).

Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, sobre el 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 (DOUE-L-2004-81147).

Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a las normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular («Directiva de Retorno») (DOUE-L-2008-82607).

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 protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (DOUE-L-2011-82659).

Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (DOUE-L-2013-81289).

Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (DOUE-L-2013-81290).

Directiva 2014/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores (DOUE-L-2014-80853).

Otros

Acuerdo sobre libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros y la Confederación Suiza (DOUE n.º L 114 de 30/04/2002 p. 0006 – 0072).

Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (DOUE-Z-2019-70004).

Decisión n.º 1/80 del Consejo de Asociación, de 19 de septiembre de 1980, relativo al desarrollo de la Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía (DOUE-L-1988-80144).

Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo de 4 de marzo de 2022 por la que se constata la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de Ucrania en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2001/55/CE y con el efecto de que se inicie la protección temporal (DOUE-L-2022-80366).

IV. JURISPRUDENCIA

1. Consejo de Europa

Comisión Europea de Derechos Humanos

Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 1961, *X. c. Bélgica* (*Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme,* 1961/6).

Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 24 de enero de 1968, *Caso Griego,* (*Dinamarca c. Grecia; Noruega c. Grecia; Suecia c. Grecia; Países Bajos c. Grecia*).

Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 11 de octubre de 1979, *Glimmerveen y Hagenbeek c. Países Bajos.*

Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 1984, *X. c. Alemania* (7 EHRR 152, 1984).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Sentencias

— STEDH de 14 de diciembre de 1973, *Asiáticos de África Oriental c. el Reino Unido.*
— STEDH de 18 de enero de 1978, *Irlanda c. Reino Unido*.
— STEDH de 13 de junio de 1979, *Marckx c. Bélgica*.
— STEDH de 28 de mayo de 1985, *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido.*
— STEDH de 18 de diciembre de 1986, *Bozano c. Francia.*
— STEDH de 7 de julio de 1989, *Soering c. Reino Unido.*

— STEDH de 18 de febrero de 1991, *Moustaquim c. Bélgica*.
— STEDH de 20 de marzo de 1991, *Cruz Varas y otros c. Suecia*.
— STEDH de 26 de marzo de 1992, *Beldjoudi c. Francia*.
— STEDH de 27 de agosto de 1992, *Tomasi c. Francia*.
— STEDH de 13 de julio de 1995, *Nasri c. Francia*.
— STEDH de 7 de agosto de 1996, *C. c. Bélgica.*
— STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*.
— STEDH 17 de diciembre de 1996, *Ahmed c. Austria*.
— STEDH de 18 de diciembre de 1996, *Aksoy c. Turquía*.
— STEDH de 22 de enero de 1997, *Bouchelkia c. Francia*.
— STEDH de 22 de abril de 1997, *X, Y y Z, c. Reino Unido*.
— STEDH de 29 de abril de 1997, *H.L.R c. Francia*.
— STEDH de 2 de mayo de 1997, *D. c. Reino Unido.*
— STEDH de 23 de septiembre de 1998, *A. c. Reino Unido.*
— STEDH de 16 de diciembre de 1999, *T y V c. Reino Unido*.
— STEDH de 18 de mayo de 2000, *Velikova c. Bulgaria.*
— STEDH de 27 de junio de 2000, *İlhan c. Turquía*.
— STEDH de 11 de julio de 2000, *Jabari c. Turquía*.
— STEDH de 6 de febrero de 2001, *Bensaid c. Reino Unido*.
— STEDH de 6 marzo 2001, *Dougoz c. Grecia*.
— STEDH de 2 de agosto de 2001, *Boultif c. Suiza*.
— STEDH de 5 de febrero de 2002, *Čonka c. Bélgica*.
— STEDH de 29 de abril de 2002, *Pretty c. Reino Unido*.
— STEDH de 8 de julio de 2004, *Ilascu y otros c. Moldavia y Rusia.*
— STEDH de 25 de noviembre de 2004, *Amegnigan c. Países Bajos.*
— STEDH de 24 de diciembre de 2004, *Iskandarov c. Rusia.*
— STEDH de 4 de febrero de 2005, *Mamatkulov y Askarov c. Turquía*.
— STEDH de 12 de mayo de 2005, *Öcalan c. Turquía*.
— STEDH de 5 de julio de 2005, *Said c. Países Bajos.*
— STEDH de 6 de julio de 2005, *Nachova y otros c. Bulgaria.*
— STDEH de 26 de julio de 2005, *N. c. Finlandia*.
— STEDH de 8 de noviembre de 2005, *Bader y otros c. Suecia.*
— STEDH de 17 de enero de 2006, *Aoulmi c. Francia*.
— STEDH de 4 de abril de 2006, *Sarı y Çolak c. Turquía*.
— STEDH de 10 de agosto de 2006, *Olaechea Cahuas c. España.*
— STEDH de 12 de octubre de 2006, *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica.*
— STEDH de 18 de octubre de 2006, *Üner c. los Países Bajos*.
— STEDH de 11 de enero de 2007, *Salah Sheekh c. Países Bajos.*
— STEDH de 26 de abril de 2007, *Gebremedhin c. Francia*.
— STEDH de 13 de noviembre de 2007, *D. H. y otros c. la República Checa*.
— STEDH de 3 de diciembre de 2007, *Daoudi c. Francia*.
— STEDH de 28 de febrero de 2008, *Saadi c. Italia*.

— STEDH de 27 de mayo de 2008, *N. c. Reino Unido*.
— STEDH de 19 de junio de 2008, *Riabikine c. Rusia*.
— STEDH de 23 de junio de 2008, *Maslov c. Austria*.
— STEDH de 7 de julio de 2009, *Grori c. Albania.*
— STEDH de 2 de marzo de 2010, *Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido.*
— STEDH de 20 de mayo de 2010, *Khaydarov c. Rusia*.
— STEDH de 15 de junio de 2010, *S.H. c. Reino Unido.*
— STEDH de 20 de junio de 2010, *N.c. Suecia*.
— STEDH de 2 de septiembre de 2010, *Y.P y L.P. c. Francia*.
— STEDH de 21 de diciembre de 2010, *Anayo c. Alemania.*
— STEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*.
— STEDH de 5 de abril de 2011, *Rahimi c. Grecia*.
— STEDH de 28 de junio de 2011, *Sufi y Elmi c. Reino Unido.*
— STEDH, de 26 de julio de 2011, *M. y otros c. Bulgaria*.
— STEDH de 27 de septiembre de 2011, *Bah c. Reino Unido*.
— STEDH de 17 de enero de 2012, *Harkins y Edwars c. Reino Unido.*
— STEDH de 23 de febrero de 2012, caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*.
— STEDH de 26 de junio de 2012. *Kurić y otros c. Eslovenia.*
— STEDH de 16 de octubre de 2012, *Makhmudzhan Ergashev c. Rusia*.
— STEDH de 13 de diciembre de 2012, *El-Marsi c. Antigua República Yugoslava de Macedonia*.
— STEDH de 6 de junio de 2013, *M.E. c. Francia*.
— STEDH de 27 de junio de 2013, *M.K.N. c. Suecia*.
— STEDH de 24 de junio de 2014, *Ukaj c. Suiza*.
— STEDH de 4 de septiembre de 2014, *Trabelsi c. Reino Unido*.
— STEDH de 4 de noviembre de 2014, *Tarakhel c. Suiza*.
— STEDH de 15 de enero de 2015, *A.F. c. Francia*.
— STEDH de 15 de enero de 2015, *A.A. c. Francia.*
— STEDH de 13 de diciembre de 2016, *Paposhvili c. Bégica*.
— STEDH de 1 de junio de 2017, *Külekci c. Austria.*
— STEDH de 20 de junio de 2017, *M.O. c. Suiza*.
— STEDH de 18 de diciembre de 2018, *Saber y Boughassal c. España.*
— STEDH de 1 de octubre de 2019, *Savran c. Dinamarca.*
— STEDH de 13 de febrero de 2020, *N.D. y N.T. c. España.*
— STEDH de 15 de abril de 2021, *K. I. c. Francia.*

Decisiones de admisibilidad

— Decisión de admisibilidad del TEDH de 7 de marzo del 2000, *T.I. v. The United Kingdom*.
— Decisión de admisibilidad del TEDH de 17 de mayo de 2001, *Izevbekhai y otros c. Irlanda.*
— Decisión de admisibilidad del TEDH de 16 de junio de 2005, *Berisha y Haljiti c. la Antigua República Yugoslava de Macedonia.*

— Decisiones de admisibilidad del TEDH de 22 de enero de 2007, *Hizir Kilic c. Dinamarca* y *Ferhat Kilic c. Dinamarca*.
— Decisión de admisibilidad del TEDH de 1 de febrero de 2011, *Dritsas y otros c. Italia.*

Decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales

— Decisión del CEDS de 20 de octubre de 2009, reclamación n.º 47/2008, *Defence for Children International c. Países Bajos*.
— Decisión del CEDS de 25 de junio de 2010, reclamación n.º 58/2009, *COHRE c. Italia.*
— Decisión de la CEDS de 28 de junio de 2011, reclamación n.º 63/2010, *COHRE c. Francia*.
— Decisión del CEDS de 23 de octubre de 2012, reclamación n.º 69/2011, *Defence of Children.*

2. Unión Europea

Sentencias del TJCE/TJUE

— STJCE de 26 de febrero de 1975, asunto 67-74, *Bonsignore* (ECLI:EU:C:1975:34).
— STJCE de 28 de octubre de 1975, asunto C-36/75, *Rutili* (ECLI:EU:C:1975:137).
— STJCE de 8 de abril de 1976, asunto C-48/75, *Royer* (ECLI:EU:C:1976:57).
— STJCE de 27 de octubre de 1977, asunto C-30/77, *Bouchereau* (ECLI:EU:C:1977:172).
— STJCE de 3 de julio de 1980, asunto C-157/79, *Pieck* (ECLI:EU:C:1980:179).
— STJCE de 28 de octubre de 1985, asunto 36/75, *Roland Rutili c. Ministre de l'intérieur* (ECLI:EU:C:1975:137).
— STJCE de 12 de diciembre de 1989, asunto C-265/88, *Messner* (ECLI:EU:C:1989:632).
— STJCE de 19 de enero de 1999, asunto C-348/96, *Donatella Calfa* (ECLI:EU:C:1999:6).
— STJCE de 25 de julio de 2002, asunto C-459/99, *MRAX* (ECLI:EU:C:2002:461).
— STJCE de 17 de septiembre de 2002, asunto C-413/99, *Baumbast* (ECLI:EU:C:2002:493).
— STJCE de 29 de abril de 2004, asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01, *Orfanopoulos y Oliveri* (ECLI:EU:C:2004:262).
— STJCE de 17 de febrero de 2005, asunto C-215/03, *Oulane* (ECLI:EU:C:2005:95).
— STJCE de 4 de octubre de 2007, asunto C-349/06, *Murat Polat c. Stadt Rüsselsheim* (ECLI:EU:C:2007:581).
— STJUE de 17 de febrero de 2009, asunto C-465/07, *Elgafaji* (ECLI:EU:C:2009:94).
— STJUE de 24 de junio de 2015, asunto C-373/13, *H.T. contra Land Baden-Württemberg* (ECLI:EU:C:2015:413).

— STJUE de 17 de junio de 2010, asunto C-31/09, *Nawras Bolbol c. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal* (ECLI:EU:C:2010:351).
— STJUE de 9 de noviembre de 2010, asuntos acumulados C-57/09 y C-101/09, *Bundesrepublik Deutschland contra B y D* (ECLI:EU:C:2010:661).
— STJUE de 23 de noviembre de 2010, asunto C-145/09, *Tsakouridis* (ECLI:EU:C:2010:708).
— STJUE de 28 de abril de 2011, asunto C-61/11 PPU, *El Dridi* (ECLI:EU:C:2011:268).
— STJUE de 17 de noviembre de 2011, asunto C-434/10, *Petar Aladzhov c. Zamestnik director na Stolichna direktsia na vatreshnite raboti kam Ministerstvo na vatreshnite raboti* (ECLI:EU:C:2011:750).
— STJUE de 17 de noviembre de 2011, asunto C-430/10, *Hristo Gaydarov c. Director na Glavna direktsia «Ohranitelna politsia» pri Ministerstvo na vatreshnite raboti* (ECLI:EU:C:2011:749).
— STJUE de 8 de diciembre de 2011, asunto C-371/08, *Nural Ziebell/Land Baden-Württemberg* (ECLI:EU:C:2011:809).
— STJUE de 21 de diciembre de 2011, asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10, *N.S. y otros* (ECLI:EU:C:2011:865).
— STJUE de 8 de marzo de 2011, asunto C-34/09, *Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEm)* (ECLI:EU:C:2011:124).
— STJUE de 15 de noviembre de 2011, asunto C-256/11, *Murat Dereci y otros contra Bundesministerium für Inneres* (ECLI:EU:C:2011:734).
— STJUE de 6 de diciembre de 2011, asunto C-329/11, *Achughbabian* (ECLI:EU:C:2011:807).
— STJUE de 22 de mayo de 2012, asunto C-348/09, *P.I. c. Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid* (ECLI:EU:C:2012:300).
— STJUE de 5 de septiembre de 2012, asuntos acumulados C-71/11 y C-99/11, *Bundesrepublik Deutschland c. Y y Z* (ECLI:EU:C:2012:518).
— STJUE de 8 de noviembre de 2012, asunto C-40/11, *Iida c. Stadt Ulm*, 8 de noviembre de 2012 (ECLI:EU:C:2012:691).
— STJUE de 6 de diciembre de 2012, asunto C-430/11, *Sagor* (ECLI:EU:C:2012:777).
— STJUE de 19 de diciembre de 2012, asunto C-364/11, *Abed El Karem El Kott y otros* (ECLI:EU:C:2012:826).
— STJUE de 8 de mayo de 2013, asunto C-87/12, *Ymeraga y otros c. Ministre du travail, de l'Emploi et de l'Immigration* (ECLI:EU:C:2013:291).
— STJUE de 4 de junio de 2013, asunto C-300/11, *ZZ v Secretary of State for the Home Department* (ECLI:EU:C:2013:363).
— STJUE de 7 de noviembre de 2013, asuntos acumulados C-199/12 a C-201/12, *X y otros c. Minister voor Immigratie en Asiel* (ECLI:EU:C:2013:720).
— STJUE de 14 de noviembre de 2013, asunto C-4/11, *Bundesrepublik Deutschland y Kaveh Pui* (ECLI:EU:C:2013:740).
— STJUE de 10 de diciembre 2013, asunto C-394/12, *Shamso Abdullahi y Bundesaylamt* (ECLI:EU:C:2013:813).

— STJUE de 2 de diciembre de 2014, asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13, *A. y otros* (ECLI:EU:C:2014:2406).
— STJUE de 18 de diciembre de 2014, asunto C-542/13, *Mohamed M'Bodj contra État Belge* (ECLI:EU:C:2014:2452).
— STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-472/13, *Sheperd* (ECLI:EU:C:2015:117).
— Sentencia de 23 de abril de 2015, asunto C-38/14, *Zaizoune* (ECLI:EU:C:2015:260).
— STJUE de 1 de marzo de 2016, asuntos acumulados C-443/14 y C-444/14, *Alo* (ECLI:EU:C:2016:127).
— STJUE de 31 de enero de 2017, asunto C-573/14, *Lounani* (ECLI:EU:C:2017:71).
— STJUE de 9 de febrero de 2017, asunto C-560/14, *M* (ECLI:EU:C:2017:101).
— STJUE de 16 de febrero de 2017, asunto C-578/16, *PPU. C. K. y otros contra Republika Slovenija* (ECLI:EU:C:2017:127).
— STJUE de 7 de diciembre de 2017, asunto C-636/16, *Wilber López Pastuzano c. Delegación del Gobierno en Navarra* (ECLI:EU:C:2017:949).
— STJUE de 25 de enero de 2018, asunto C-473/16, *F c. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal* (ECLI:EU:C:2018:36).
— STJUE de 2 de mayo de 2018, asuntos acumulados C-331/16 y 366/16, *K. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* y *H. F. c. Belgische Staat* [GS] (ECLI:EU:C:2018:296).
— STJUE de 5 de junio de 2018, asunto C-673/16, *Coman* (ECLI:EU:C:2018:385).
— STJUE de 25 de julio de 2018, asunto C-585/16, *Alheto* (ECLI:EU:C:2018:584).
— STJUE de 12 de septiembre de 2018, asunto C-369/17, *Shajin Ahmed* (ECLI:EU:C:2018:713).
— STJUE de 4 de octubre de 2018, asunto C-652/16, *Ahmedbekova* (ECLI:EU:C:2018:801).
— STJUE de 4 de octubre de 2018, asunto C-56/17, *Bahtiyar Fathi contra Predsedatel na Darzhavna agentsia za bezhantsite* (ECLI:EU:C:2018:803).
— STJUE de 14 de mayo de 2019, asuntos acumulados C-391/16, C-77/17 y C-78/17, *M y otros contra Ministerstvo vnitra y X. y X. contra Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides* (ECLI:EU:C:2019:403).
— STJUE de 23 de mayo de 2019, asunto C-720/17, *Bilali* (ECLI:EU:C:2019:448).
— STUE de 11 de junio de 2020, asunto C-448/19, *Subdelegación del Gobierno en Guadalajara* (ECLI:EU:C:2020:467).
— STJUE de 13 de enero de 2021, asunto C-507/19, *Bundesrepublik Deutschland contra XT* (ECLI:EU:C:2021:3).
— STJUE de 14 de enero de 2021, asunto C-441/19, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid* (ECLI:EU:C:2021:9).
— STJUE de 15 de abril de 2021, asunto C-30/19, *Braathens Regional Aviation* (ECLI:EU:C:2021:269).
— STJUE de 10 de junio de 2021, asunto C-901/19, *CF y DN c. Bundesrepublik Deutschland* (ECLI:EU:C:2021:472).

— STJUE de 22 de junio de 2021, asunto C-718/19, *Ordre des barreaux francophones and germanophone y otros* (ECLI:EU:C:2021:505).
— STJUE de 6 de octubre de 2022, asunto C-241/21, *Politsei- ja Piirivalveamet* (ECLI:EU:C:2022:753).

Conclusiones del Abogado General

— Conclusiones del Abogado General Paolo Mengozzi de 1 de junio de 2010, asuntos acumulados C-57/09 y C-101/09, *B. y D* (ECLI:EU:C:2010:302).
— Conclusiones del Abogado General Yves Bot de 19 de abril de 2012, asuntos acumulados C-71/11 y C-99/11, *Y y Z* (ECLI:EU:C:2012:224).
— Conclusiones del Abogado General Yves Bot de 7 de noviembre de 2013, asunto C-604/12, *H.N* (ECLI:EU:C:2013:714).
— Conclusiones de la Abogada General Eleanor Sharpston de 11 de noviembre de 2014, asunto C-472/13, *Shepherd* (ECLI:EU:C:2014:2360).
— Conclusiones del Abogado General Sr. P. Cruz Villalón de 6 de octubre de 2015, asuntos acumulados C-443/14 y C-444/14, *Alo* (ECLI:EU:C:2015:665).
— Conclusiones del Abogado General Paolo Mengozzi de 7 de febrero de 2017, asunto C-638/16, *X c. Bélgica* (ECLI:EU:C:2017:93).
— Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot de 24 de enero de 2019, asunto C-720/17, *Bilali* (ECLI:EU:C:2019:63).
— Conclusiones del Abogado General Sr. P. Pikamäe de 11 de febrero de 2021, asunto C-901/19, *CF y DN c. Bundesrepublik Deutschland* (ECLI:EU:C:2021:116).

3. España

Tribunal Constitucional

Sentencias

— STC 107/1984, de 23 de noviembre de 1984 (ECLI:ES:TC:1984:107).
— STC 99/1985, de 30 de septiembre de 1985 (ECLI:ES:TC:1985:99).
— STC 115/1987, de 7 de julio de 1987 (ECLI:ES:TC:1987:115).
— STC 85/1989, de 19 de mayo de 1989 (ECLI:ES:TC:1989:85).
— STC 94/1993, de 22 de marzo de 1993 (ECLI:ES:TC:1993:94).
— STC 12/1994, de 17 de enero de 1994 (ECLI:ES:TC:1994:12).
— STC 86/1996, de 21 mayo de 1996 (ECLI:ES:TC:1996:86).
— STC 174/1999, de 27 de septiembre de 1999 (ECLI:ES:TC:1999:174).
— STC 179/2000, de 26 junio de 2000 (ECLI:ES:TC:2000:179).
— STC 292/2000, de 30 de noviembre de 2000 (ECLI:ES:TC:2000:292).
— STC 13/2001, de 29 de enero de 2001 (ECLI:ES:TC:2001:13).
— STC 53/2002, de 27 de febrero de 2002 (ECLI:ES:TC:2002:53).
— STC 72/2005, de 4 abril de 2005 (ECLI:ES:TC:2005:72).
— STC 236/2007, de 7 noviembre de 2007 (ECLI:ES:TC:2007:236).
— STC 260/2007, de 20 diciembre de 2007 (ECLI:ES:TC:2007:260).
— STC 17/2013, de 31 de enero de 2013 (ECLI:ES:TC:2013:17).

— STC 14/2017, de 30 de enero de 2017 (ECLI:ES:TC:2017:14).
— STC 172/2020, de 19 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:TC:2020:172).
— STC 172/2020, de 19 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:TC:2020:172).
— STC 13/2021, de 28 de enero de 2021 (ECLI:ES:TC:2021:13).
— STC 148/2021, de 14 de julio de 2021 (ECLI:ES:TC:2021:148).
— STC 183/2021, de 27 de octubre de 2021 (ECLI:ES:TC:2021:183).

Autos

— ATC 55/1996, de 6 marzo de 1996 (ECLI:ES:TC:1996:55A).
— ATC 54/2010, de 19 mayo de 2010 (ECLI: ES:TC:2010:54A).

Declaraciones

— Declaración 1/1992, de 1 de julio de 1992, en relación con la existencia o inexistencia de contradicción entre el arto J 3.2 de la CE y el art. 8 B, apartado 1, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, en la redacción que resultaría del art. G B. JO. del Tratado de la Unión Europea (BOE-T-1992-17448).

Tribunal Supremo

— STS de 17 de febrero de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:8622).
— STS de 11 de abril de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:8880).
— STS de 14 de noviembre de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:8881).
— STS de 13 de octubre de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:6218).
— STS de 13 de octubre de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:6218).
— STS de 25 de mayo de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:3613).
— STS 7884/2006, de 14 de diciembre 2006 (ECLI:ES:TS:2006:7884).
— STS de 12 de marzo de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:988).
— STS 3818/2014, de 23 de septiembre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:3818).
— STS 523/2015, de 23 de febrero de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:523).
— STS 2657/2016, de 19 de diciembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:5515).
— STS 538/2017, de 28 de marzo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1250).
— STS 2041/2018, de 31 de mayo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2041).
— STS 962/2018, de 11 de junio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2517).
— STS 2506/2018, de 2 de julio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2506).
— STS 2782/2018, de 3 de julio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2782).
— STS 120/2019, de 5 de febrero de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:488).
— STS 1105/2019, de 18 de julio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2709).
— STS 1407/2019, de 22 de octubre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3417).
— STS 3410/2019, de 29 de octubre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3410).
— STS 321/2020, de 4 de marzo de 2020 (ECLI: ES: TS: 2020:753).
— STS 3387/2020, de 19 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3387).
— STS 1583/2020, de 23 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3943).
— STS 452/2021, de 25 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1184).

Tribunales Superiores de Justicia

— STSJ Castilla y León 1024/2015, de 29 de mayo de 2015 (ECLI:ES:TSJCL:2015:2397).
— STSJ de Castilla y León 334/2012, de 24 de febrero de 2012 (ECLI:ES:TSJCL:2012:1031).
— STSJ de Galicia 110/2017, de 1 de marzo de 2017 (ECLI:ES:TSJGAL:2017:1879).
— STSJ de Madrid 557/2013, de 4 de julio de 2013 (ECLI:ES:TSJM:2013:7484).
— STSJ de Andalucía 1466/2011, de 15 de abril de 2011 (ECLI:ES:TSJAND:2011:7934).
— STSJ de Andalucía 1124/2011, de 28 de marzo de 2011 (ECLI:ES:TSJAND:2011:6617).
— STSJ de Murcia 614/2011, de 24 de junio de 2011 (ECLI:ES:TSJMU:2011:1632).
— STSJ 182/2013 de Andalucía, de 25 de enero de 2013 (ECLI:ES:TSJAND:2013:3517).
— STSJ 1761/2019 de Canarias, de 1 de marzo de 2019 (ECLI:ES:TSJICAN:2019:1761).

Audiencia Nacional

— SAN 2752/2017, de 26 de junio de 2016.
— SAN 2752/2017, de 26 de junio de 2017 (ECLI:ES:AN:2017:2752).
— SAN 1183/2019, de 22 de marzo de 2019 (ECLI:ES:AN:2019:1183).

Audiencias Provinciales

— AAP 83/2015 de Málaga, de 7 de abril de 2015 (ECLI:ES:APML:2015:1A).
— SAP 269/2021 de Las Palmas de Gran Canaria, de 16 de abril de 2021 (ECLI:ES:APGC:2021:12A).

Juzgados de instrucción

— Auto del Juzgado de Instrucción 8 de Las Palmas de Gran Canarias 15/2020, de 31 de marzo de 2020 (ECLI:ES:JI:2020:15A).

Resoluciones de la AEPD

— Resolución de 17 febrero de 2021 de la AEPD, procedimiento n.º PS/00071/2020.

4. Órganos internacionales

Corte Internacional de Justicia

Sentencias

— Sentencia de la CIJ de 6 de abril de 1955, *Caso Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)* (I.C.J. Reports 1955, p.4).
— Sentencia del CIJ de 27 de junio de 1986, *asunto sobre las Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos).*
— Sentencia de la CIJ de 30 de noviembre de 2010, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)* (I.C.J. Reports 2010, p. 663).

— Sentencia de la CIJ de 24 de mayo de 1980, *caso relativo al personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán* (*Estados Unidos c. Irán)* (C.I.J. Recueil 1980, p. 3).
— Sentencia de la CIJ de 27 de junio de 2001, *caso LaGrand* (*Alemania c. Estados Unidos de América*) (C.I.J. Recueil 2001, p. 466).

Providencias

— Providencia de 14 de abril de 1992 de la CIJ, caso *Lockerbie* (C.I.J Recueil 1992, p. 234).
— Providencia de 9 de abril de 1998 de la CIJ, *caso Convención de Viena sobre las Relaciones Consulares* (*Paraguay c. Estados Unidos de América*) (C.I.J. Recueil 1998, p. 248).

Corte Interamericana de Derechos Humanos

— Sentencia de la Corte IDH de 27 de noviembre de 2003, *caso Maritza Urrutia c. Guatemala.*
— Sentencia de la Corte IDH de 31 de agosto de 2004, *caso Ricardo Canese c. Paraguay.*
— Sentencia de la Corte IDH de 6 de abril de 2006, *caso Baldeón García c. Perú.*
— Sentencia de la Corte IDH de 24 de noviembre de 2009, *caso Masacre de Las Dos Erres c. Guatemala*.
— Sentencia de la Corte IDH de 23 de noviembre de 2010, *caso Vélez Loor vs. Panamá*.
— Sentencia de la Corte IDH de 24 de octubre de 2012, *caso Nadege Dorzema y otros c. República Dominicana.*
— Sentencia de la Corte IDH de 25 de noviembre de 2013, *caso Familia Pacheco Tineo c. Estado plurinacional de Bolivia.*
— Sentencia de la Corte IDH de 19 de mayo de 2014, *caso Veliz Franco y otros c. Guatemala*.

Opiniones consultivas de la Corte Permanente de Justicia Internacional

— Opinión consultiva de la CPJI 7 de febrero de 1923, *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco*, *P.C.I.J. Reports 1923*, serie B, n.º 4.
— Opinión consultiva de la CPJI 7 de julio de 1923, *Acquisition de la nationalité polonaise*, *Publications de la Cour Permanente de Justice Internationale*, série B, núm 7.

Opiniones consultivas de la Corte IDH

— Opinión Consultiva de la Corte IDH de 19 de enero de 1984, OC-4/84, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, Serie A n.º 4.
— Opinión Consultiva de la Corte IDH del 28 de agosto de 2002, OC-17/02, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, serie A n.º 17.
— Opinión Consultiva de la Corte IDH de 17 de septiembre de 2003, OC-18/03, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Serie A n.º 18.

— Opinión consultiva de la Corte IDH de 19 de agosto de 2014, OC-21/14, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*.

5. Decisiones de los órganos de los Tratados de la ONU

Comité Contra la Tortura

— Decisión del CAT de 15 de mayo de 1998, comunicación n.º 83/1997, *G.R.B. c Suecia*, CAT/C/20/D/83/1997.
— Decisión del CAT de 14 de mayo de 1999, comunicación n.º 120/1998, *Elmi c. Australia*, CAT/C/22/D/120/1998.
— Decisión del CAT de 16 de mayo de 1999, comunicación n.º 99/1997, *T.P.S. c. Canadá*, CAT/C/24/0/99/1997.
— Decisión del CAT de 2 de diciembre de 2003, comunicación n.º 228/2003, *T.M. c. Suecia*, CAT/C/31/D/228/2003.
— Decisión del CAT de 24 de mayo de 2005, comunicación n.º 233/2003, *Agiza c. Suecia*, CAT/C/34/D/233/2003.
— Decisión del CAT de 1 de mayo de 2007, comunicación n.º 281/2005, *Pelit c. Azerbaiyán*, CAT/C/38/D/281/2005.
— Decisión del CAT de 3 de agosto de 2018, comunicación n.º 742/2016, *A.N. c. Suiza*, CAT/C/64/D/742/2016.

Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad

— Dictamen del CDPD de 18 de agosto de 2017, comunicación n.º 28/2015, *O.O.J. c. Suecia. International c. Bélgica.*
— Decisión del CDPD de 31 de agosto de 2018, comunicación n.º 39/2017, *Iuliia Domina y Max Bendtsen c. Dinamarca.*
— Decisión del CDPD de 28 de agosto de 2020, comunicación n.º 60/2019, *N.L. c. Suecia*.

Comité Para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer

— Decisión del CEDAW de 15 de julio de 2013, comunicación n.º 33/2011, *M. N. N. c. Dinamarca.*
— Decisión del CEDAW de 2 de marzo de 2015, comunicación n.º 51/2013, *Y. W c. Dinamarca*.
— Dictamen del CEDAW de 15 de julio de 2019, comunicación n.º 86/2015, *R.S.A.A. y otros c. Dinamarca*.

Comité de los Derechos del Niño

— Dictamen del CRC de 25 de enero de 2018, comunicación n.º 3/2016, *K.Y.M c. Dinamarca*.
— Decisión del CRC de 1 de febrero de 2019, comunicación n.º 4/2016, *D.D. c. España.*
— Decisión del CRC de 31 de mayo de 2019, comunicación 22/2017, *J.A.B. c. España.*

— Dictamen del CRC de 7 de febrero de 2020, comunicación n.º 34/2017, *M.A.B c. España*.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial

— Dictamen del CERD de 18 de febrero de 2004, comunicación n.º 50/2012, CERD/C/84/D/50/2012.

Comité de Derechos Humanos

— Dictamen del CCPR de 9 de abril de 1981, comunicación n.º 58/1979, *Anna Maroufidou c. Suecia*.
— Dictamen del CCPR de 30 de julio de 1993, comunicación n.º 470/1991, *Kindler c. Canadá*.
— Dictamen del CCPR de 14 de marzo de 1994, comunicación n.º 586/1994, *Josef Frank Adam c. República Checa*.
— Dictamen del CCPR de 2 de agosto de 1994, comunicación n.º 456/1991, *Celepli c. Suecia.*
— Dictamen del CCPR de 4 de diciembre de 1997, comunicación n.º 706/1996, *G.T c. Australia.*
— Dictamen del CCPR de 30 de octubre del 2000, comunicación n.º 833/1998, *Salah Karker c. Francia.*
— Dictamen del CCPR de 13 de noviembre de 2002, comunicación n.º 900/1999, *C. c. Australia*, CCPR/C/76/D/900/1999.
— Dictamen del CCPR de 3 de abril de 2003, comunicación n.º 1086/2002, *Sholam Weiss c. Austria*.
— Dictamen del CCPR de 6 de noviembre de 2003, comunicación n.º 1069/2002, *Ali Aqsar Bakhtiyari and Roqaiha Bakhtiyari c. Australia*.
— Dictamen del CCPR de 29 de marzo de 2004, comunicación n.º 1051/2002, *Mansour Ahani c. Canadá.*
— Dictamen del CCPR de 1 de noviembre de 2004, comunicación n.º 1222/2003, *Jonny Rubin Byahuranga c. Dinamarca.*
— Dictamen del CCPR de 14 de diciembre de 2005, comunicación n.º 1875/2009, *M.G.C c. Australia.*
— Dictamen del CCPR de 14 de noviembre de 2007, comunicación n.º 1223/2003, *Tsarjov c. Estonia*.
— Dictamen del CCPR de 31 de julio de 2008, comunicaciones n.º 1461/2006, 1462/2006, 1476/2006 y 1477/2006, *Maksudov y otros c. Kirguistán*.
— Dictamen del CCPR de 21 de julio de 2014, comunicación n.º 2008/2010, *Ali Aarrass c. España.*
— Dictamen del CCPR de 12 de julio de 2016, comunicación n.º 2462/2014, *M. K. H. c. Dinamarca*.
— Dictamen del CCPR de 8 de noviembre de 2017, comunicación n.º 2471/2014, *Merhdad Mohammad Jamshidian c. Bielorrusia*.
— Dictamen del CCPR el 4 de septiembre de 2018, comunicación n.º 2371/2014, *Noureddine Maalem y Guldez Maalem c. Uzbekistán*.
— Dictamen del CCPR de 14 de marzo de 2019, comunicación n.º 2345/2014, *M.M c. Dinamarca*.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

— Dictamen del CESCR de 20 de junio de 2016, comunicación n.º 3/2014, *A.M.B c. Ecuador*.

6. Decisiones de organismos regionales

Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

— Decisión de la CADHP de 31 de octubre de 1996, comunicaciones 27/89, 46/91, 49/91, 99/93, *Organización Mundial contra la Tortura; Asociación Internacional de Juristas Democráticos, Comisión Internacional de Juristas (CIJ), Unión Interafricana de Derechos Humanos c. Ruanda*.

— Decisión de la CADHP de octubre de 1997, comunicación n.º 71/92, *Recontre Africaine pour la Défense des Droits de l'Homme c. Zambia*.

— Decisión de la CADHP de 11 de noviembre de 1997, comunicación n.º 159/96, *Unión Interafricana de los Derechos del Hombre, Federación Internacional de las Ligas de los Derechos del Hombre, Encuentro Africano para la Defensa de los Derechos Humanos, Organización Nacional de los Derechos del Hombre de Senegal y Asociación Maliense de Derechos Humanos c. Angola*.

— Decisión de la CADHP de 5 de mayo de 1999, Comunicación n.º 212/98, *Amnistía Internacional c. Zambia.*

Comisión Interamericana de los Derechos Humanos

— Informe de la CIDH n.º 20/88, de 24 de marzo de 1988, *caso 9855 – Haití, Nicolás Estiverne*.

— Informe de la CIDH n.º 51/96, de 13 de marzo de 1997, *caso 10.675 – Comité Haitiano de Derechos Humanos et al. c. Estados Unidos*.

— Informe de la CIDH n.º 49/99, de 13 de abril de 1999, *caso 11.610 – Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz*.

— Informe de la CIDH n.º 63/08, de 25 de julio de 2008, *caso 12.534 – Andrea Mortlock c. Estados Unidos*.

7. Otros países

Estados Unidos

— Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos de 15 de mayo de 1893, *Fong Yue Ting v. U.S.*, 149 U.S. 698 (1893).

— Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos de 29 de junio de 1972, *Kleindienst v. Mandel*, 408 U.S. 753 (1972).

Francia

— Decisión de la Asamblea del Consejo de Estado francés de 13 de diciembre de 1991, *M. Nkodia (Alfonso) y Préfet de l'Hérault c. M. Dakoury* (*Revue française de droit administratif*, 1992, pp. 90-103).

— Fallo del Consejo de Estado francés de 28 de febrero de 1986, *Ngako Jeuga* (Collection Lebon, París, Sirey, 1986, p. 49).

Austria

— Sentencia del Tribunal Supremo austríaco de 8 de octubre de 1968, *Italian South Tyrol Terrorism Case*.

Laudos arbitrales

— Laudo arbitral de 21 de agosto de 1896 (*Revue générale de droit international public*, 1989).

— Laudo arbitral de 30 de septiembre de 1901, *asunto Barón Descamps y Louis Renault (Recueil international des traités du XXe siècle*, París, Rousseau, tomo I, p. 709).

— Laudo arbitral del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos de 3 de noviembre de 1987, *Rankin c. The Islamic Republic of Iran* (MACGLASHAN, M.E., *Iran-United States Claims Tribunal Reports, op.cit.*, p. 147, párr. 30 e)).

— Laudo arbitral de la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía de 17 de diciembre de 2004 (*Partial Award, Civilians Claims, Ethiopia's Claim 5*, págs. 91 a 95 y UN, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXVI, pp. 277 y 278).