



Asamblea General

Distr. general
9 de julio de 2010
Español
Original: francés

Comisión de Derecho Internacional

62º período de sesiones

Ginebra, 3 de mayo a 4 de junio y 5 de julio
a 6 de agosto de 2010

Sexto informe sobre la expulsión de los extranjeros

Presentado por Maurice Kamto, Relator Especial

Adición

Índice

	<i>Página</i>
III. Normas de procedimiento aplicables a los extranjeros que se hallan legalmente en el territorio de un Estado (<i>continuación</i>)	4
A. Consideraciones de carácter general	
B. Naturaleza de procedimiento	
C. Garantías de procedimiento	
1. Garantías procesales en el derecho internacional y en el derecho interno	
2. Las garantías procesales en el marco del ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea	
D. Ejecución de la decisión de expulsión	4
1. Ejecución voluntaria	4
2. Ejecución forzada	4
3. Condiciones del retorno del expulsado	5
a) Medidas de acompañamiento en materia de retorno	5
b) Respeto de los derechos fundamentales de la persona durante el viaje de retorno	7
Proyecto de artículo D1. Retorno del extranjero objeto de expulsión al Estado de destino	11



IV.	Recurso contra la decisión de expulsión	12
A.	Fundamentos de derecho internacional y derecho interno	12
B.	Efectos del recurso jurisdiccional sobre la decisión de expulsión	24
1.	Plazo para la consideración del recurso	24
2.	Carácter suspensivo del recurso	25
C.	Vías de recurso contra una decisión judicial de expulsión	27
V.	Relaciones entre el Estado autor de la expulsión y los Estados de tránsito y destino	29
A.	Libertad para acoger o no al extranjero expulsado	29
1.	Principio general	29
2.	Límite: el derecho de toda persona a regresar a su propio país	30
a)	Norma general	30
b)	Caso particular de los refugiados	33
B.	Determinación del Estado de destino	35
1.	Libertad de que goza el expulsado para elegir un Estado de destino	35
2.	Posibilidad de que el Estado autor de la expulsión sustituya al expulsado en la elección del Estado de destino	36
C.	Estado susceptible de acoger al extranjero expulsado	38
1.	Aparición y consagración de la noción de “país seguro”	38
2.	Estado de destino	41
a)	Estado de nacionalidad	41
b)	Estado de residencia	44
c)	Estado de expedición del pasaporte	45
d)	Estado de embarque	46
e)	Estado parte en un tratado	47
f)	Estados que prestan su consentimiento y otros Estados	49
D.	Expulsión del extranjero a un Estado que no tiene la obligación de admitirlo	51
Proyecto de artículo E1. Estado de destino del extranjero expulsado	53	
E.	Estado de tránsito	53
Proyecto de artículo F1. Protección de los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión en el Estado de tránsito	54	
Tercera parte. Consecuencias jurídicas de la expulsión		
VI.	Derechos del extranjero expulsado	54
A.	Protección del derecho de propiedad y otros intereses análogos del extranjero expulsado	54

1.	Prohibición de la expulsión con fines de confiscación	54
2.	Protección de los bienes de los extranjeros, aun de los que hayan sido expulsados regularmente	57
3.	Derechos de propiedad y otros intereses análogos	59
	Proyecto de artículo G1. Protección de los bienes del extranjero objeto de expulsión	65
B.	Derecho a regresar en caso de expulsión ilegal	65
	Proyecto de artículo H1. Derecho a regresar al Estado que expulsa	68
VII.	Responsabilidad del Estado que expulsa por una expulsión ilegal	68
A.	Afirmación del principio de la responsabilidad del Estado que expulsa	69
B.	Derecho a la protección diplomática de la persona expulsada	71
C.	Prueba de la expulsión ilegal	74
D.	Reparación del daño sufrido como consecuencia de la expulsión ilegal	75
1.	Fundamento de la reparación	76
2.	Forma de reparación	76
a)	Restitución	77
b)	Indemnización	77
i)	Formas de daño indemnizable	77
a.	Daño material	77
b.	Daño moral	78
c.	Daño específico ocasionado por la frustración del proyecto de vida	79
ii)	Forma de indemnización	80
c)	Satisfacción	82
	Proyecto de artículo I1. Responsabilidad del Estado en caso de expulsión ilícita	84
	Proyecto de artículo J1. Protección diplomática	84

III. Normas de procedimiento aplicables a los extranjeros que se hallan legalmente en el territorio de un Estado

(continuación)

D. Ejecución de la decisión de expulsión

1. La ejecución de las decisiones de expulsión plantea varios problemas. Los Estados están divididos entre la preocupación por la eficacia y el respeto necesario de los derechos fundamentales de la persona afectada por la decisión de expulsar, así como de los convenios internacionales en que son partes. Si el acto de expulsión no se deja sin efecto o si no se lo impugna ante la justicia, la persona afectada tiene la obligación de abandonar el territorio del Estado que la expulsa. La legislación de la mayor parte de los Estados añade a esta obligación de abandonar el territorio la prohibición de regresar. Se trata del caso, especialmente, de los países siguientes: Alemania, Bélgica, Camerún, Dinamarca, España y Reino Unido¹.

1. Ejecución voluntaria

2. El retorno voluntario del extranjero objeto de la 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 que expulsa 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”². En el mismo sentido, la Comisión de 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”³.

2. Ejecución forzada

3. La expulsión forzada entra en juego cuando el extranjero objeto de la expulsión se niega a abandonar el territorio por voluntad propia, por ejemplo, al oponer resistencia física o al elegir un país de destino que no resulta aceptable. Como estimó la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, la expulsión forzada “solo debe ocuparse de las personas que opongan una resistencia manifiesta y persistente, y [...] se la puede evitar mediante un verdadero trabajo de acompañamiento y preparación de la partida, en el marco de la adopción de medidas

¹ Fuente: Documentos de trabajo del Senado de Francia (Serie de legislación comparada), *L'expulsion des étrangers en situation irrégulière*, núm. LC 162, abril de 2006.

² Veinte principios rectores del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el retorno forzado, 925ª Reunión de Delegados de Ministros, 4 de mayo de 2005, documentos del Consejo de Ministros, CM(2005) 40 final, 9 de mayo de 2005.

³ Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 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.

individuales y de las actividades de seguimiento”⁴. El fracaso del retorno no puede ser el resultado de la negativa del interesado de acatar la orden de expulsión, sino de la negativa del Estado de destino de acoger al expulsado y, en particular, de la negativa de readmisión del Estado de origen. Para facilitar la readmisión, la Unión Europea concierta acuerdos bilaterales con terceros Estados. Además, en ocasiones para el retorno se necesita la colaboración de uno o varios terceros Estados de tránsito. En consecuencia, la Unión procura igualmente establecer una serie de normas en esta esfera.

4. Entre sus principios rectores sobre el retorno forzado de extranjeros en situación irregular, aprobados en mayo de 2005, el Comité de Ministros del Consejo de Europa recordó que “si el Estado de retorno no es el Estado de origen, la decisión de expulsar solo debe adoptarse si las autoridades del Estado de acogida están convencidas, en la medida de lo razonable, de que el Estado de retorno no expulsará a la persona a un tercer Estado en donde estaría expuesta a un riesgo real [de muerte o malos tratos]”⁵.

3. Condiciones del retorno del expulsado

5. No basta con que la decisión de expulsión adoptada contra un extranjero sea regular; también es necesario que se la ejecute respetando un cierto número de normas. Como ya se ha dicho, quizás en la ejecución de la expulsión se necesiten “medidas de acompañamiento”⁶.

a) Medidas de acompañamiento en materia de retorno

6. Para garantizar que el expulsado retorne sin tropiezos al país de destino se deben adoptar varias medidas. La mayor parte de las expulsiones se efectúan por vía aérea. Los convenios internacionales de aviación contienen disposiciones concretas que se pueden aplicar a ciertas situaciones en particular o a determinadas categorías de personas, como los expulsados. El anexo 9 del Convenio de Chicago sobre Aviación Civil Internacional, firmado el 7 de diciembre de 1944⁷, contiene disposiciones sobre las personas no admisibles y las expulsadas. Esas disposiciones imponen obligaciones a los Estados contratantes. En lo posible, el vuelo elegido por el Estado que expulsa debe ser directo, sin escalas. Antes del vuelo, ese Estado debe informar al expulsado cuál es el Estado de destino. Para la seguridad del vuelo, el Estado que expulsa debe determinar si el viaje de retorno se debe realizar con o sin un agente de escolta. A tal fin, debe evaluar si la salud y la capacidad física y mental

⁴ Recomendación núm. 1547(2002), de 22 de enero de 2002, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre procedimientos de expulsión conformes a los derechos humanos y ejecutados en el respeto de la seguridad y la dignidad.

⁵ Veinte principios rectores del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el retorno forzado, *op. cit.*, principio núm. 2. Después de la aprobación de esta decisión, el Representante Permanente del Reino Unido indicó que su Gobierno se reservaba el derecho de conformarse o no a dicho principio rector.

⁶ A. -B. Ba, *Le droit international de l'expulsion des étrangers: une étude comparative de la pratique des États africains et de celle des États occidentaux*, tesis, Paris II, 1995, 930 páginas, pág. 610.

⁷ El texto se puede consultar en el sitio web de la Organización de Aviación Civil Internacional, <http://www.icao.int/>. Véase también la publicación *Convention on international civil aviation, signed at Chicago on 7 december 1944*, S.I., coll. ICAO 7300, 49 páginas, así como *Convention on international civil aviation: élaboration et coordination des annexes techniques à la Convention*, S.I., coll. ICAO 7300, 1951.

del interesado permiten el retorno por vía aérea, si esta persona acepta o no el retorno y si tiene o ha tenido un comportamiento violento. El Estado que expulsa debe proporcionar esa información, así como el nombre y nacionalidad del agente de escolta, al explotador de la aeronave del caso.

7. Durante el vuelo se debe respetar la dignidad del extranjero expulsado. En el caso de un vuelo con escalas, el régimen del Convenio de Chicago prevé que los Estados contratantes velarán por que un escolta acompañe a la persona deportada hasta su destino final, a menos que las autoridades y el explotador en el lugar de tránsito convengan por adelantado en disposiciones de recambio adecuadas. Además, los Estados deben entregar los documentos de viaje necesarios para el regreso de sus nacionales ya que, si se negaran a hacerlo o se opusieran a su retorno, esas personas quedarían apátridas⁸. Las disposiciones del Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, firmado en Tokio en 1963⁹, se aplica cuando una persona, que puede ser un extranjero objeto de expulsión, perturba con sus actos la seguridad del vuelo¹⁰. Según el Convenio, cuando una persona a bordo cometa o esté a punto de cometer un acto o una infracción que pueda comprometer el buen orden o la seguridad de la aeronave o de otros viajeros, el comandante podrá imponer a tal persona las medidas coercitivas que sean necesarias para mantener el buen orden y la disciplina a bordo¹¹. También podrá desembarcar a tal persona o entregarla a las autoridades competentes¹².

8. Antes de que la aeronave que transporta a una persona objeto de una medida de expulsión aterrice en el territorio de un Estado, el comandante debe alertar a dicho Estado de la presencia de tal persona. Corresponde a los Estados contratantes autorizar y asistir al comandante de una aeronave matriculada en otro Estado contratante a desembarcar a esa persona. Sin embargo, el Estado contratante del caso podrá, de conformidad con su legislación relativa a la admisión de extranjeros, alejar a esa persona de su territorio¹³.

⁸ Cabe destacar que muchos inmigrantes ilegales no siempre facilitan las cosas. Viajan sin documentos de identificación ni de viaje (pasaporte) y no permiten al Estado que expulsa determinar con certeza de qué Estado son nacionales, o bien indican un Estado de su preferencia con el que no tienen vínculo de nacionalidad alguno, creando problemas al Estado en cuestión, que se encuentra así obligado a recibir a personas que no son de su nacionalidad y que no cumplen los requisitos de entrada y permanencia en su territorio.

⁹ Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, firmado en Tokio el 14 de septiembre de 1963. El texto auténtico en español se publicó en Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 704, núm. 10106, pág. 242, y se puede consultar en <http://treaties.un.org/doc/db/Terrorism/Conv1-spanish.pdf>. Sobre el Convenio, véase P. Richard, *La Convention de Tokyo, Étude de la Convention de Tokyo relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs*, Lausanne, Pont frères, 1971, 240 páginas.

¹⁰ El Convenio no se aplica a las aeronaves utilizadas en servicios militares, de aduanas y de policía.

¹¹ Art. 6, párr. 1, del Convenio de Tokio.

¹² *Ibid.*

¹³ Art. 15, párr. 2, del Convenio de Tokio.

9. En el marco de la Unión Europea, el Consejo y el Parlamento Europeo aprobaron en 2002 un reglamento sobre normas comunes para la seguridad de la aviación civil¹⁴. En ese reglamento se prevé la adopción de medidas respecto de los pasajeros problemáticos, pero sin definir a estos últimos. Con miras a simplificar, armonizar y precisar las normas así establecidas y elevar los niveles de seguridad, en 2006 el Consejo propuso derogar ese reglamento¹⁵. Sin perjuicio de las disposiciones del Convenio de Tokio, el nuevo texto se refiere especialmente a “las medidas de seguridad aplicables a bordo de las aeronaves, o durante los vuelos, de las compañías aéreas comunitarias”. Se considera “pasajero potencialmente problemático” al “pasajero que bien ha sido expulsado de un país, bien es considerado inadmisibles a efectos de inmigración, bien viaja custodiado”¹⁶. Se precisa que los pasajeros deberán estar sometidos a medidas de seguridad adecuadas antes de la partida de la aeronave y en el transcurso del vuelo¹⁷.

b) Respeto de los derechos fundamentales de la persona durante el viaje de retorno

10. Durante el viaje al Estado de destino se deben respetar los derechos fundamentales y la dignidad de los expulsados. No ha sido inusual que, durante el viaje de regreso, hayan fallecido algunos de ellos. En un informe hecho público el 10 de septiembre de 2001, la Comisión de Migraciones, Refugiados y Población del Consejo de Europa dio a conocer casos de violencia y malos tratos sufridos por varios extranjeros durante su expulsión de países europeos, así como de casos de fallecimiento¹⁸. Se señalaron especialmente los casos de inyección de medicamentos y de golpes recibidos por personas objeto de expulsión¹⁹. Entre 1998 y 2001, fallecieron 10 extranjeros durante su expulsión de Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Italia o Suiza²⁰ a raíz de ese tipo de tratos. Alertada de esta

¹⁴ Reglamento (CE) núm. 2320/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, por el que se establecen normas comunes para la seguridad de la aviación civil, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 355, de 30 de diciembre de 2002, pág. 1. El reglamento se aprobó después de los atentados cometidos en los Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001. Fue modificado por el Reglamento (CE) núm. 849/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2320/2002 por el que se establecen normas comunes para la seguridad de la aviación civil, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 158, de 30 de abril de 2004, pág. 1; corrección de errores, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 229, de 29 de junio de 2004, pág. 3.

¹⁵ Posición común (CE) núm. 3/2007, aprobada por el Consejo el 11 de diciembre de 2006 con vistas a la adopción de un reglamento sobre normas comunes para la seguridad de la aviación civil y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 2320/2002, *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 70E, de 27 de marzo de 2007, pág. 21.

¹⁶ A los fines del art. 3 18) del proyecto de reglamento.

¹⁷ Para las normas relativas al transporte en Europa véase, por ejemplo, L. Grard (dir.), *L'Europe des transports*, actas del coloquio celebrado en Agen, 7 y 8 de octubre de 2004, Universidad Montesquieu-Burdeos IV, París, *La documentation française*, 2005, 857 páginas.

¹⁸ Comisión de Migraciones, Refugiados y Población del Consejo de Europa, informe relativo a los procedimientos de expulsión conformes a los derechos humanos y ejecutados en el respeto de la seguridad y la dignidad, 10 de septiembre de 2001, documento 9196.

¹⁹ H. Lambert, *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dossiers sur les droits de l'homme No. 8 revisé, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2001, pág. 34.

²⁰ Recomendación núm. 1547 (2002), de 22 de enero de 2002, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre procedimientos de expulsión conformes a los derechos humanos y ejecutados en el respeto de la seguridad y la dignidad.

situación por varias organizaciones no gubernamentales, entre ellas Amnistía Internacional, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa señaló este estado de cosas a la atención de los Estados miembros del Consejo de Europa²¹. Aparentemente esos graves incidentes se debieron a los métodos violentos y peligrosos empleados por los agentes encargados de la ejecución de las expulsiones²² y por los profesionales del transporte. Igualmente, según señaló la Asamblea del Consejo de Europa, el riesgo de malos tratos no solo lo pueden sufrir los extranjeros a la espera de expulsión²³, sino que también es posible durante la ejecución de la medida, durante su transporte por avión o buque, así como a su llegada al Estado de destino²⁴. El Tribunal Europeo reconoció las “enormes dificultades que en nuestra época afrontan los Estados para proteger a su población de la violencia terrorista”²⁵, pero consideró que el recurso a la fuerza física “debe ser el estrictamente necesario a resultados del propio comportamiento” de una persona sospechada o acusada de la comisión de un acto de esa naturaleza²⁶. En 2001, el Comisario de Derechos Humanos recomendó que “los funcionarios de los servicios de inmigración o escolta reciban una formación adecuada a fin de reducir al mínimo el riesgo de violencia”²⁷.

11. La Asamblea Parlamentaria también señaló que en general las fuerzas de policía y de seguridad no han recibido capacitación para asumir esas responsabilidades²⁸. Según la Asamblea, en particular los integrantes de la escolta deberían estar al tanto de los medios coercitivos que se pueden utilizar. En consecuencia, la Asamblea propuso al Comité de Ministros del Consejo de Europa que estableciera un grupo de trabajo encargado de elaborar directrices de buena conducta en materia de procedimientos de expulsión, con miras a orientar a los Estados en la adopción de normas nacionales en esa esfera. El Comité de Ministros aprobó 20 principios rectores sobre el retorno forzado²⁹. Si bien no se opuso al empleo de distintas formas de restricción sobre la persona del expulsado, solo

²¹ *Ibid.*, la información siguiente, relativa a las observaciones y propuestas de la Asamblea Parlamentaria, procede de la tesis de A. L. Ducroquetz, *L'expulsion des étrangers en droit international et européen*, *op. cit.*, págs. 395 y siguientes.

²² En la práctica, la preparación y ejecución de las expulsiones está a cargo de fuerzas del orden especializadas: policía de fronteras en Alemania y Francia, policía de extranjeros en Grecia y los Países Bajos, fuerzas de seguridad en Austria (*Fuente*: Comisión de Migraciones, Refugiados y Población del Consejo de Europa, informe relativo a los procedimientos de expulsión conformes a los derechos humanos y ejecutados en el respeto de la seguridad y la dignidad, *op. cit.*).

²³ Recomendación núm. 1547 (2002) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, *op. cit.*

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 12 de mayo de 2005, *Öcalan c. Turquía*, párr. 179. En este caso, la persona fue transportada por avión, por la fuerza, de Kenia a Turquía. Durante el vuelo fue drogado y maniatado y se le vendaron los ojos.

²⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 4 de diciembre de 1995, *Ribitsch c. Austria*, párr. 38, serie A, núm. 336, citado por H. Lambert, *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pág. 34.

²⁷ Recomendación de 19 de septiembre de 2001 del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa relativa a los derechos de los extranjeros que desean entrar en el territorio de los Estados miembros del Consejo de Europa y a la ejecución de las decisiones de expulsión, CommDH/Rec(2001) 1, punto 16.

²⁸ Recomendación núm. 1547 (2002), de 22 de enero de 2002, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre procedimientos de expulsión conformes a los derechos humanos y ejecutados en el respeto de la seguridad y la dignidad.

²⁹ Veinte principios rectores del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el retorno forzado, *op. cit.*, 2005.

considera aceptables las que son “estrictamente proporcionales a la resistencia real” que ofrezca esa persona. Los principios rectores se elaboraron en asociación con el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT)³⁰. Este último reconoció que la deportación de un extranjero es una “tarea difícil”³¹ y que en ocasiones el empleo de la fuerza es inevitable. De todos modos, consideró que “la fuerza empleada debe limitarse a la estrictamente necesaria; en particular, es totalmente inaceptable que las personas objeto de una orden de alejamiento sean agredidas físicamente para persuadirlas a subir a bordo de un medio de transporte o para castigarlas por no haberlo hecho”³². En cuanto al alejamiento por vía aérea, el CPT consideró que el riesgo flagrante de malos tratos se refiere no solo a la “etapa preparatoria del alejamiento”, sino también a “la etapa de vuelo propiamente dicho”³³. Indicó que el riesgo nace desde el momento en que el extranjero objeto de la expulsión sale del lugar donde estaba detenido, ya que ha habido casos en que los agentes de escolta han utilizado gases irritantes o han inmovilizado a la persona a fin de esposarla. Igualmente, el CPT señaló que existe también un riesgo cuando el extranjero embarcado a bordo de la aeronave se niega a sentarse y se resiste a los miembros de la escolta. En consecuencia, recomendó que esas personas sean seleccionadas “con el mayor cuidado y que reciban una formación específica adecuada, a fin de reducir al mínimo el riesgo de malos tratos”³⁴. Además, invitó a los Estados a establecer sistemas de control y/o supervisión de las operaciones de alejamiento forzado. En esa perspectiva, deberá llevarse un registro de los medios de restricción utilizados o los incidentes producidos³⁵.

12. Además, el Comisario de Derechos Humanos consideró que se debe prohibir la utilización de objetos que puedan causar asfixia (cojines, esparadrapo, mordazas, cascos), gases peligrosos y medicamentos o inyecciones sin decisión médica³⁶. Cuando la expulsión se efectúa por avión, el Comisario también prohíbe el uso de esposas durante el despegue y aterrizaje. En el mismo sentido, la Comisión de las Comunidades Europeas considera que se debe poder proceder a la deportación aun cuando el interesado se resista físicamente a la expulsión, y reconoce que en ocasiones se deben utilizar medidas coercitivas³⁷. De todos modos, considera que

³⁰ Consejo de Europa, Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, decimoquinto informe general de las actividades correspondientes al período comprendido entre el 1 de agosto de 2004 y el 31 de julio de 2005, 22 de septiembre de 2005, CPT/Inf (2005) 17.

³¹ Consejo de Europa, Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, séptimo informe general de las actividades correspondientes al período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1996, 22 de agosto de 1997, CPT/Inf (97) 10 FR, párr. 35.

³² *Ibid.*

³³ Consejo de Europa, Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, decimotercer informe general de las actividades correspondientes al período comprendido entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de julio de 2003, 10 de septiembre de 2003, CPT/Inf (2003) 35, párr. 31.

³⁴ *Ibid.*, párr. 42.

³⁵ *Ibid.*, párrs. 44 y 45.

³⁶ Recomendación de 19 de septiembre de 2001 del Comisario de Derechos Humanos, *op. cit.*, núm. 1765, punto 17.

³⁷ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo de 14 de octubre de 2002, *op. cit.* Véase también el art. 10, párr. 1, de la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 1 de septiembre de 2005, relativa a las normas y los procedimientos comunes

estas últimas se deben adoptar respetando la integridad física y el estado psicológico del extranjero. La Comisión sugirió la utilización de directrices en materia de expulsión y escolta, en particular, las del grupo de trabajo de autoridades de control de la Asociación de Transporte Aéreo Internacional (IATA)³⁸. El objetivo de la IATA es proporcionar a los Estados una guía de buenas prácticas para las expulsiones que se realicen en vuelos comerciales, respetando el Anexo 9 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional de 7 de diciembre de 1944. De ese modo se establecen normas de cooperación entre los operadores y los Estados interesados³⁹. Además, se prefiere el uso de vuelos directos y, en caso de vuelos en tránsito, se recomienda que la escolta permanezca con el expulsado y que la espera sea lo más corta posible⁴⁰. Igualmente, el piloto, informado de la presencia de uno o más expulsados y de la posible escolta, por razones de seguridad puede negarse a embarcar ciertas personas que deban ser expulsadas⁴¹. En particular, el piloto debe justificar su decisión de manera objetiva, sobre la base del comportamiento de esas personas al momento del embarque o antes del embarque⁴².

13. La dignidad de la persona expulsada no es lo único que se debe respetar. Durante la ejecución de la medida de alejamiento del extranjero objeto de expulsión también se debe garantizar la seguridad de los demás pasajeros. El Comité de Ministros del Consejo de Europa indicó en tal sentido que se debe garantizar “el mismo nivel de seguridad a los demás pasajeros y los miembros de la tripulación que al propio interesado”⁴³. En sus directrices, el grupo de trabajo de la IATA indicó que, antes de ser sujetos físicamente, los expulsados deben ser embarcados con la mayor discreción posible⁴⁴.

14. Como se ha visto, las medidas que se deben adoptar para el traslado del extranjero expulsado al Estado de destino dimanar del Convenio sobre Aviación Civil Internacional y del Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, así como de propuestas hechas en el marco de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre la base de las infracciones constatadas contra los derechos humanos y de las personas expulsadas durante la deportación, en particular los atentados contra su dignidad humana. Las infracciones observadas en tal sentido fueron en ocasiones extremadamente graves, ya que dieron lugar en algunos casos al fallecimiento de la persona afectada. Sin embargo, el Relator Especial no considera que, para esta etapa del proceso de expulsión,

aplicables en los Estados miembros. Y, para una visión de conjunto, véase L. Ducroquetz, *L'expulsion des étrangers en droit international et européen*, *op. cit.*, págs. 395 y 396.

³⁸ IATA/Grupo de trabajo en materia de expulsión y escolta, *Guidelines on Deportation and Escort*, octubre de 1999, revisadas sin modificación en mayo de 2003. En las directrices se define al deportado como la persona que ha entrado legal o ilegalmente a un Estado y a quien las autoridades de ese Estado han ordenado salir de su territorio (párr. 2.1).

³⁹ Por ejemplo, en las directrices se prevé que el Estado que expulsa debe informar al operador del nombre, la edad y la nacionalidad de la persona expulsada, el Estado de destino y el nombre y la nacionalidad de los agentes de escolta (párr. 3.4).

⁴⁰ IATA/Grupo de trabajo en materia de expulsión y escolta, *Guidelines on Deportation and Escort*, *loc. cit.*, párrs. 3.6, 4.6 y 8.7.

⁴¹ *Ibid.*, párrs. 1.2 y 3.10.

⁴² *Ibid.*, párr. 8.5.

⁴³ Veinte principios rectores del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el retorno forzado, *op. cit.*, 2005.

⁴⁴ IATA/Grupo de trabajo en materia de expulsión y escolta, *Guidelines on Deportation and Escort*, *loc. cit.*, párr. 6.4.

corresponda elaborar un proyecto de artículo específico relativo a la protección de los derechos humanos de los expulsados, incluso a título de desarrollo progresivo. Considera que la protección necesaria en este caso está contemplada en la obligación general de tratar al extranjero objeto de la expulsión con dignidad y de proteger sus derechos humanos, obligación que figura en los proyectos de artículo 8 y 9, propuestos inicialmente en el quinto informe de la Comisión (A/CN.4/611) y remitidos posteriormente por la Comisión al Comité de Redacción tal como fueron reformulados por el Relator Especial en el documento A/CN.4/617. Para cumplir esta obligación quizás sea necesario, por ejemplo, aplicar las directrices sobre expulsión y escolta elaboradas por el grupo de trabajo de la IATA mencionadas precedentemente. De todos modos, dado que es una cuestión que merece la mayor atención, pues es en esta etapa de la expulsión en la que generalmente se ejerce violencia contra los afectados, se propone a continuación un proyecto de artículo de carácter general relativo a las condiciones del retorno de la persona objeto de expulsión a su Estado de destino, y que reenvía a los instrumentos internacionales pertinentes:

Proyecto de artículo D1. Retorno del extranjero objeto de expulsión al Estado de destino

- 1. El Estado que expulsa alentará al extranjero objeto de expulsión a que ejecute voluntariamente la decisión.**
- 2. En caso de ejecución forzada de la decisión de expulsión, el Estado que expulsa adoptará las medidas necesarias para asegurar, en la medida de lo posible, que el extranjero objeto de expulsión sea trasladado ordenadamente al Estado de destino, respetando las normas del derecho internacional, especialmente las relativas al transporte aéreo.**
- 3. En todos los casos, el Estado que expulsa otorgará al extranjero objeto de expulsión un plazo adecuado para preparar su partida, a menos que haya razones para creer que el extranjero en cuestión pudiera darse a la fuga durante ese período.**

15. Mientras que las disposiciones de los párrafos 1 y 2 del proyecto de artículo se remiten a la codificación, ya que derivan especialmente de instrumentos internacionales universales en materia de transporte aéreo, incluidas las directrices del grupo de trabajo de la IATA en materia de expulsión y escolta, las disposiciones del párrafo 3 corresponden al desarrollo progresivo del derecho internacional: por una parte, expresan el deseo de proteger los derechos de la persona objeto de expulsión y, por la otra, encuentran apoyo en la Directiva 2008/115/CE de la Unión Europea, de 16 de diciembre de 2008, sin que por ello pueda decirse que se fundamente en el derecho internacional general.

IV. Recurso contra la decisión de expulsión

A. Fundamentos de derecho internacional y derecho interno

16. En la primera adición del sexto informe del Relator Especial (A/CN.4/625/Add.1), se mencionó brevemente el derecho del extranjero objeto de expulsión a contar con un recurso eficaz como una de las reglas procesales en el marco de un derecho más amplio, el de impugnar la decisión de expulsión. En el presente capítulo se examina en más detalle este derecho a un recurso, por un lado para establecer su fundamento tanto en el derecho internacional como en el derecho interno de los Estados y, por otro, para examinar sus efectos en la decisión de expulsar, así como las vías que se le ofrecen al extranjero para su ejercicio pleno.

17. En su “Proyecto de reglamentación de la expulsión de los extranjeros”, presentado por L. J. D. Féraud-Giraud en 1891, en el período de sesiones de Hamburgo del Instituto de Derecho Internacional, la Comisión de estudio establecida para examinar el derecho de admisión y de expulsión de extranjeros indicó que “cada Estado determina las garantías y los recursos aplicables a esta medida [...] y no puede [...] eliminar un derecho de acción directa que permita satisfacer reclamaciones justas, ni eximirse de este modo de la responsabilidad que le incumbe, con arreglo al derecho público internacional, de satisfacer esas reclamaciones [...]. El Estado puede asegurar el efecto de los actos de expulsión sometiendo al expulsado que los contravenga a un proceso [...] y a penas, a cuya expiración el expulsado será obligado a salir por la fuerza de su territorio”⁴⁵.

18. De manera general, los extranjeros objeto de expulsión pueden exigir que se respeten las garantías previstas en los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos. El artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, dispone en tal sentido que: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”. En el mismo sentido, el artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos dispone que: “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el [...] 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”.

19. Igualmente, el artículo 13 ya citado del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos da al extranjero que se encuentra legalmente en el Estado que expulsa el derecho a recurrir contra la expulsión, pero sin precisar el tipo de órgano que debe conocer del recurso. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha recordado que el derecho a recurrir y las demás garantías previstas en el artículo 13 del Pacto solo pueden dejar de aplicarse por “razones imperiosas de seguridad nacional”. También ha subrayado que el recurso concedido al extranjero debe ser efectivo:

⁴⁵ Comisión de estudio establecida para examinar el derecho de admisión y de expulsión de extranjeros del Instituto de Derecho Internacional, *Projet de réglementation de l'expulsion des étrangers*, presentado por L. J. D. Féraud-Giraud, período de sesiones de Hamburgo del Instituto de Derecho Internacional, septiembre de 1891, *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. XI, 1889-1892, págs. 275 a 282 en especial pág. 279.

“Se deben dar a los extranjeros plenas facilidades para entablar recursos en contra de la expulsión de manera que ese derecho sea efectivo en todas las circunstancias de su caso. Los principios del artículo 13 relativos a la apelación de la expulsión y al derecho a la revisión del caso por la autoridad competente solo pueden dejar de aplicarse por ‘razones imperiosas de seguridad nacional’.”⁴⁶

20. Al examinar en 2001 el informe de la República Árabe Siria, el Comité de Derechos Humanos precisó que una reclamación ante las misiones diplomáticas y consulares del Estado que expulsa no constituía una solución satisfactoria con arreglo al artículo 13 del Pacto:

“A juicio del Comité, las facultades discrecionales del Ministro del Interior de ordenar sin garantías la expulsión de cualquier extranjero, si así lo exigen la seguridad y el interés público, plantean problemas en lo que respecta al artículo 13 del Pacto, sobre todo si el extranjero ha entrado en territorio sirio de manera legal y ha obtenido un permiso de residencia. Las reclamaciones de los extranjeros expulsados ante las representaciones diplomáticas y consulares sirias no constituyen una solución satisfactoria por lo que respecta al Pacto.”⁴⁷

21. El artículo 1 del Protocolo núm. 7, adicional al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, dispone que “todo extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado” debe poder “hacer que su caso sea revisado”. Igualmente, el artículo 83 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares y el párrafo 5 del artículo 9 del Convenio Europeo relativo al estatuto del trabajador migrante también exigen que sea posible recurrir la decisión de expulsión.

22. El derecho a un recurso también fue consagrado por la Asamblea General, en términos idénticos a los del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 7 de la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, incorporada en el anexo a su resolución 40/144⁴⁸:

“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 la expulsión 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.”

⁴⁶ Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 15, La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 11 de abril de 1986, párr. 10. En *Eric Hammel c. Madagascar* [comunicación núm. 155/1983, 3 de abril de 1987, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 40 (A/42/40)*, anexo VIII, párr. 19 2)], el Comité consideró que el solicitante no había podido interponer un recurso efectivo contra su expulsión.

⁴⁷ Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: República Árabe Siria, 5 de abril de 2001, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 40*, vol. I (A/56/40), párr. 82 22), pág. 70.

⁴⁸ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Suplemento núm. 53 (A/40/53)*, resolución 40/144, anexo, art. 7.

23. En su Recomendación general núm. 30, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial subrayó la necesidad de contar con un recurso efectivo en caso de expulsión y recomendó a los Estados partes en la Convención sobre Todas las Formas de Discriminación Racial “velar por que [...] los no ciudadanos tengan igualdad de acceso a recursos eficaces, incluido el derecho a impugnar las órdenes de expulsión, y puedan utilizar efectivamente esos recursos”⁴⁹.

24. El artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos consagra el derecho a un recurso efectivo contra la violación de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Convenio, especialmente en caso de expulsión⁵⁰. Dicho artículo dispone: “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a 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”. Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, este artículo tiene por consecuencia exigir un recurso interno que permita que la instancia nacional competente conozca del fondo de una reclamación basada en el Convenio y ofrezca la solución adecuada, si bien los Estados contratantes gozan de un cierto margen de apreciación en cuanto a la manera de cumplir las obligaciones que les impone esta disposición⁵¹.

25. En el marco del Consejo de Europa, se establece que el recurso debe ser asequible, es decir, que si el interesado no cuenta con recursos suficientes para valerse de los servicios de un letrado deberá disponer de ellos gratuitamente⁵².

26. En cuanto al efecto suspensivo del recurso, el Comité de Ministros del Consejo de Europa consideró que, de no estar previsto en la ley, “la solicitud de suspender la ejecución de una decisión de expulsión debería ser debidamente examinada teniendo en cuenta las necesidades de la seguridad nacional”⁵³.

27. El recurso puede limitarse a cuestionar la legalidad de la decisión de expulsión, sin referirse a los fundamentos de hecho que la han motivado⁵⁴. A este respecto, se ha hecho una distinción entre una audiencia en donde se abordan

⁴⁹ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación general núm. 30, párr. 25. Véanse igualmente las observaciones finales del Comité respecto de Francia, 1 de marzo de 1994 (A/49/18), párr. 144 (donde se consagra el derecho de apelación).

⁵⁰ En cambio, parece menos clara la aplicabilidad, en casos de expulsión, del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; véase G. Gaja, “Expulsion of Aliens: Some Old and New Issues in International Law”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. 3, 1999, págs. 283 a 314, en especial págs. 309 y 310.

⁵¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Chahal c. Royaume-Uni*, sentencia de 25 de octubre de 1996, párr. 145.

⁵² Veinte principios rectores del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el retorno forzado, *op. cit.*

⁵³ Véase la respuesta de 4 de diciembre de 2002 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a la recomendación 1504 (2001) de la Asamblea Parlamentaria de 14 de marzo de 2001, adoptada en la 820ª reunión de los representantes de los Ministros, documento 9633, de 6 de diciembre de 2002, y, la opinión del Comité Directivo sobre Derechos Humanos acerca de la recomendación 1504 (2001) de la Asamblea Parlamentaria, que figura como anexo, adoptada en su 54ª sesión, 1 a 4 de octubre de 2002, punto 13.

⁵⁴ Véase Guy S. Goodwin-Gill, “Mass Expulsion: The Legal Aspects”, 1984 (no publicado), pág. 274 [en que se cita el asunto *Neer*, *op. cit.*, pág. 60 (1926)].

cuestiones de hecho y de derecho, y una apelación que se circunscribe a cuestiones de derecho⁵⁵.

28. En lo que respecta al caso particular de los refugiados, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados establece ciertos requisitos de forma que deben observarse en el procedimiento de expulsión de quienes se encuentren legalmente en el territorio de un Estado, a saber: 1) la decisión de expulsar debe tomarse conforme a los procedimientos legales vigentes⁵⁶, como ya hemos visto; 2) el refugiado tiene derecho a presentar pruebas exculporias; 3) el refugiado tiene derecho a formular recurso ante la autoridad competente; y 4) el refugiado tiene derecho a hacerse representar a los efectos de la apelación ante dicha autoridad. Cabe señalar que esas garantías procesales dejan de aplicarse cuando “se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional”⁵⁷.

29. En su comentario sobre la Convención, N. Robinson examina los requisitos de forma que se enumeran a continuación. En cuanto al derecho del refugiado de presentar pruebas exculporias, sostiene lo siguiente:

“Además debe concedérsele el derecho de apelar y hacerse representar por un abogado ante la autoridad que según el ordenamiento del país sea competente para resolver la apelación o ante el órgano superior al que adoptó la decisión; si la decisión procede de una autoridad cuyas decisiones no son apelables, debe otorgársele la posibilidad de celebrar una nueva audiencia en lugar de apelar. La autoridad en cuestión podrá designar a funcionarios encargados de oír las alegaciones. No obstante, estas garantías pueden obviarse por ‘razones imperiosas de seguridad nacional’, por ejemplo cuando en interés de la seguridad nacional debe adoptarse una decisión en un plazo tan breve que la autoridad no pueda conceder al refugiado el tiempo necesario para reunir las pruebas o trasladarle al lugar pertinente, o cuando la audiencia pueda ser perjudicial para los intereses de la seguridad nacional (por ejemplo, en casos de espionaje). Dado que el párrafo 2 se refiere a ‘razones imperiosas’, debe tratarse de motivos verdaderamente graves, de modo que la excepción solo podrá aplicarse raramente y en casos muy excepcionales.”⁵⁸

30. En la causa *Pagoaga Gallastegui c. le Ministre de l’Intérieur*, el Consejo de Estado de Francia interpretó en los términos siguientes el derecho de un refugiado

⁵⁵ *Ibid.*, pág. 265.

⁵⁶ En la causa *Ceskovic v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs*, *op. cit.*, págs. 627 a 634, un tribunal australiano examinó si la expresión “conforme a los procedimientos legales vigentes” del artículo 32 debía interpretarse con arreglo al derecho de los Estados Unidos y afirmó que la “definición” de esa expresión parecía ser congruente con el resto del párrafo citado (art. 32, párr. 2) y que, en esas circunstancias, se podía considerar que al solicitante se le habían aplicado los “procedimientos legales vigentes”. Así pues, no era necesario hacer referencia a otras definiciones cuando del texto de la Convención podía extraerse una definición suficientemente precisa de la expresión en ese contexto.

⁵⁷ “Al tratarse de una excepción, esta disposición está sujeta a una interpretación restrictiva”. Atle Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law; Asylum, Entry and Sojourn*, vol. II, Leiden, A. W. Sijthoff, 1972, párr. 8.

⁵⁸ Nehemiah Robinson, *Convention Relating to the Status of Refugees. Its History, Contents and Interpretation*, Institute of Jewish Affairs, Congreso Judío Mundial, 1953 (reimpresión de 1997 de la División de Protección Internacional de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, págs. 134 y 135. Véase también Atle Grahl-Madsen, *op. cit.*, parr. 7.

contra quien podía dictarse una orden de expulsión a ser oído y a apelar con arreglo a la legislación nacional aplicable:

“Con independencia del derecho a recurrir la decisión de expulsión en las circunstancias previstas en la Ley de 25 de julio de 1952, antes de que se dicte la decisión el refugiado tiene derecho a ser oído por la Comisión Especial establecida ante el Prefecto en virtud del artículo 25 de la Orden de 2 de noviembre de 1945. De ello se desprende que la decisión de expulsar a un refugiado no puede en principio adoptarse legalmente si no se ha cumplido el procedimiento establecido en el artículo 3 del Decreto de 18 de marzo de 1946 en su forma enmendada por el Decreto de 27 de diciembre de 1950. Sin embargo, esta regla encuentra una excepción en el artículo 25 de la Orden de 2 de noviembre de 1945 en casos o circunstancias de máxima urgencia en que sea imposible posponer la ejecución de la orden de expulsión hasta que se cumplan las formalidades previstas en las disposiciones legales y reglamentarias anteriormente indicadas.”⁵⁹

31. En lo que respecta a los solicitantes de asilo, en 1998 el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó una recomendación sobre el derecho a un recurso efectivo de los solicitantes de asilo cuya solicitud hubiera sido rechazada y fueran a ser expulsados⁶⁰ en la que tuvo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la aplicación del artículo 13, en relación con el artículo 3, del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Respecto de la aplicación de sus normas procesales, el Comité recomendó a los Estados miembros que respetaran ciertas garantías “en su legislación o en su práctica”⁶¹, al sostener que “todo recurso que se interponga ante una instancia nacional se considera efectivo si [...] suspende la ejecución de la orden de expulsión” hasta que esa instancia se haya expedido sobre el recurso interpuesto por el solicitante de asilo cuya solicitud ha sido rechazada y que “invoca un perjuicio fundado, argumentando que sería sometido a tortura o a penas o tratos, inhumanos o degradantes”⁶². El Comité recordó ese efecto suspensivo en 2005⁶³.

32. Por lo tanto, el derecho del extranjero a solicitar la revisión de una decisión de expulsión por un órgano competente se encuentra consagrado en el derecho convencional, la jurisprudencia internacional, el derecho interno y la doctrina⁶⁴. Se ha señalado que no debe tratarse necesariamente de un control jurisdiccional. También se han observado que la expulsión debe suspenderse durante el

⁵⁹ *Pagoaga Gallastegui c. le Ministre de l'Intérieur*, Francia, Consejo de Estado, 27 de mayo de 1977, *International Law Reports*, vol. 74, E. Lauterpacht, C. J. Greenwood (dir. publ.), *op. cit.*, págs. 430 a 444.

⁶⁰ Recomendación núm. R (1998) 13, de 18 de septiembre de 1998, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el derecho de los solicitantes de asilo a un recurso efectivo contra las decisiones de expulsión que rechazan su solicitud en el contexto del artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.*

⁶³ Veinte principios rectores del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el retorno forzado, *op. cit.*

⁶⁴ Véase el Memorando de la Secretaría sobre la expulsión de extranjeros (A/CN.4/565), párrs. 658 a 687 y las referencias citadas en la nota 1541: L. B. Sohn y T. Buergenthal (dir.), *op. cit.*, pág. 91; R. Plender, *op. cit.*, pág. 472; E. Brochard, *op. cit.*, págs. 50, 52 y 55.

procedimiento de control⁶⁵ y que el extranjero debe estar informado, como ya se ha indicado, de su derecho a interponer el recurso⁶⁶.

33. Con respecto al caso de los inmigrantes que se encuentran en situación irregular, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha subrayado asimismo que corresponde otorgar un recurso al extranjero que ha sido expulsado:

“La Comisión no cuestiona ni desea cuestionar el derecho del que dispone todo Estado de entablar una acción judicial contra los inmigrantes que se encuentran en situación irregular ni de devolverlos a sus países de origen, si las autoridades jurisdiccionales competentes así lo deciden. Sin embargo, encuentra inadmisibles, por ser contrario al espíritu y a la letra de la Carta y al derecho internacional, deportar a personas sin darles la posibilidad de exponer sus argumentos ante las instancias nacionales competentes para hacerlo.”⁶⁷

34. Asimismo, en otra causa, la Comisión consideró que Zambia había violado la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos al haber privado a una persona de la posibilidad de impugnar una orden de expulsión:

“36. Zambia violó el artículo 7 de la Carta al denegar al solicitante la posibilidad de hacer uso de los procedimientos administrativos que se encontraban a su alcance en virtud de la Ley de nacionalidad.

[...]

38. La situación de John Chinula es incluso peor. No tuvo ninguna posibilidad de impugnar la orden de expulsión. El Gobierno no puede afirmar en modo alguno que Chinula se hubiera ocultado en 1974 tras el vencimiento de su permiso de residencia. No cabe duda de que Chinula era un hombre de negocios y político eminente. El Gobierno podría haber tomado medidas en su contra si hubiera querido hacerlo. El hecho de que no lo hiciera no justifica el carácter arbitrario de su detención ni de su deportación, ocurrida el 31 de agosto de 1994. Chinula también tenía derecho a ser oído por las autoridades jurisdiccionales de Zambia. Por lo tanto, Zambia infringió el artículo 7 de la Carta.”⁶⁸

35. Además, recordando el tenor del apartado a) del párrafo 1) del artículo 7, la Comisión llegó a la siguiente conclusión:

“53. Al negar al Sr. Chinula la posibilidad de interponer una apelación contra la decisión que ordenaba su expulsión, el Gobierno de Zambia lo privó del

⁶⁵ Véase también Consejo de Europa, Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, séptimo informe general sobre las actividades del Comité realizadas en el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1996, CPT/Inf (97) 10 [FR], 22 de agosto de 1997.

⁶⁶ Véase M. Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary*, Kehl, N. P. Engel Publisher, 1993, pág. 231 (en referencia, respectivamente, a los casos núm. 27/1978, párrs. 6 y 12 a 16, y núm. 319/1988, párr. 2.4).

⁶⁷ Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, comunicado núm. 159/96, *op. cit.*, párr. 20.

⁶⁸ Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, comunicado núm. 212/98, *op. cit.*

derecho a ser oído, en violación de todas las leyes de Zambia y de las normas internacionales de derechos humanos.”⁶⁹

36. Por su parte, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha recomendado que el extranjero expulsado del territorio de un Estado miembro debería tener derecho a un recurso con efectos suspensivos que tendría que examinarse en un plazo de tres meses desde la fecha de la orden de expulsión:

“En lo que respecta a la expulsión: [...] ii) toda decisión de expulsar a un extranjero del territorio de un Estado miembro del Consejo de Europa debería ir acompañada del derecho a un recurso con efectos suspensivos; iii) en caso de que se interponga un recurso contra la orden de expulsión, el procedimiento de apelación debería concluir en un plazo de tres meses desde el momento en que se dictó la orden de expulsión.”⁷⁰

37. Asimismo, en el párrafo 2 de su artículo 3, el Convenio europeo de establecimiento dispone que, “a menos que consideraciones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, un nacional de una Parte contratante que haya residido legalmente durante más de dos años en el territorio de otra Parte no podrá ser expulsado si no se le ha permitido antes exponer las razones que le asistan en contra de la expulsión y recurrir y estar representado para tal fin ante una autoridad competente o ante una o varias personas especialmente designadas por esa autoridad”.

38. El derecho a impugnar una orden de expulsión también ha sido destacado por el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la prevención de la discriminación de los no ciudadanos, David Weissbrodt, incluso en el caso de aquellos que sean sospechosos de haber cometido actos de terrorismo:

“No debe expulsarse a los no ciudadanos sospechosos de terrorismo sin que tengan la oportunidad de impugnar su expulsión por la vía legal.”⁷¹

39. El Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Etiopía del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la discriminación (empleo y ocupación), de 1958 (núm. 111), y del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, de 1982 (núm. 158),

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Recomendación 1624 (2003): Política común en materia de migración y asilo, 30 de septiembre de 2003, párr. 9. Además, la Asamblea Parlamentaria consideró que el derecho a recurrir también era aplicable a los extranjeros en situación ilegal: “Un extranjero que no posea un permiso válido de residencia solo podrá ser expulsado del territorio de un Estado Miembro por razones jurídicas específicas que no sean de orden político ni religioso. Esta persona tendrá el derecho y la posibilidad de interponer un recurso ante una autoridad independiente de apelación antes de que se efectúe la expulsión. Debería considerarse si también tendrá derecho a exponer sus razones ante un magistrado, o si este derecho podrá ejercerse de manera alternativa al primero. A la persona habrán de comunicársele sus derechos. Si recurre a un tribunal o a una alta autoridad administrativa, no podrá procederse a su expulsión mientras su recurso esté pendiente de examen. Toda persona poseedora de un permiso de residencia válido solo podrá ser expulsada del territorio de un Estado miembro en cumplimiento de una orden judicial firme” [Consejo de Europa, Recomendación 769 (1975) sobre la situación jurídica de los extranjeros, *op. cit.*, párrs. 9 y 10].

⁷¹ Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Prevención de la discriminación, los derechos de los no ciudadanos, Informe final del Relator Especial, Sr. David Weissbrodt (E/CN.4/Sub.2/2003/23), párr. 28.

señaló que Etiopía había denegado a algunos trabajadores expulsados el derecho a recurrir a un órgano independiente:

“En lo referente a la cuestión del derecho de recurso previsto en el artículo 4, el Comité observa que la existencia de un derecho de recurso, aunque constituye una condición necesaria para la aplicación de la excepción al principio del Convenio, no es suficiente de por sí. Debe existir un órgano de apelación que sea distinto de la autoridad administrativa o gubernamental y que ofrezca una garantía de objetividad e independencia. Este órgano ha de ser competente para oír las razones de las medidas adoptadas contra la persona en cuestión y ofrecerle la oportunidad de exponer plenamente sus argumentos. Observando la declaración del Gobierno de que los deportados tienen derecho de recurso ante el órgano de examen del Departamento de Inmigración, el Comité señala que este órgano es una de las instituciones de gobierno. El Comité observa también que, aunque el Gobierno de Etiopía ha indicado que por lo menos algunos de los individuos interesados recurrieron las órdenes de deportación, no se ha facilitado ninguna información sobre el desarrollo de los procedimientos o su resultado. En consecuencia, el Comité no puede llegar a la conclusión de que se concedió a las personas deportadas el derecho efectivo de recurso en el sentido del artículo 4 del Convenio.”⁷²

40. Asimismo, cabe mencionar la normativa de la Unión Europea relativa a la expulsión de los ciudadanos de la Unión y de nacionales de terceros países. En lo que respecta a los ciudadanos de la Unión, la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, dispone lo siguiente en su artículo 31 relativo a las garantías procesales:

“1. Cuando se tome una decisión contra él por razones de orden público, seguridad pública o salud pública, el interesado podrá interponer los recursos judiciales y, en su caso, administrativos del Estado miembro de acogida o solicitar la revisión de la misma.

2. Cuando la solicitud de recurso judicial o administrativo de la decisión de expulsión vaya acompañada de la solicitud de una orden provisional de suspensión de la ejecución de dicha decisión, no podrá producirse la expulsión en sí hasta el momento en que se haya adoptado la decisión sobre la orden provisional excepto si:

- La decisión de expulsión se basa en una decisión judicial anterior, o si
- Las personas afectadas han tenido acceso previo a la revisión judicial, o si
- La decisión de expulsión se basa en motivos imperiosos de seguridad pública conforme al apartado 3 del artículo 28.

3. El procedimiento de recurso permitirá el examen de la legalidad de la decisión, así como de los hechos y circunstancias en que se basa la medida

⁷² Organización Internacional del Trabajo, Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Etiopía del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), de 1958 (núm. 111), y del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo de 1982 (núm. 158), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Nacional de Trabajadores de Eritrea, 1998, párr. 37.

propuesta. Garantizará asimismo que la decisión no sea desproporcionada, en particular, respecto de los requisitos establecidos en el artículo 28.

4. Los Estados miembros podrán rechazar la presencia del interesado en su territorio durante el procedimiento de recurso, pero no podrán prohibirle que presente su defensa en persona en la vista excepto por motivos graves de orden público o seguridad pública o cuando el recurso judicial o administrativo se refiera a una denegación de entrada en el territorio.”⁷³

41. En cuanto a los nacionales de terceros países, cabe mencionar la Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, cuyo artículo 4 dispone que:

“Los Estados miembros se cerciorarán de que el nacional de un tercer país podrá recurrir contra toda medida contemplada en el apartado 2 del artículo 1, según la legislación del Estado miembro de ejecución [decisión de expulsión].”⁷⁴

así como la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, en cuyo párrafo 4 del artículo 12 se establece lo siguiente:

“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.”⁷⁵

42. En el plano doctrinal, ya en 1982 el Instituto de Derecho Internacional subrayó que el extranjero expulsado debía poder acceder a un procedimiento que le permitiese recurrir ante una autoridad independiente que fuera competente para examinar la legalidad de la expulsión. No obstante, el Instituto opinaba que una expulsión podía efectuarse a título provisional independientemente de que se hubiera interpuesto un recurso y que no era necesario conceder recursos a los “extranjeros que, en época de guerra o de inminencia de guerra, pongan en peligro la seguridad del Estado con su conducta” (artículo 28, párrafo 10, del Reglamento adoptado por el Instituto):

“Toda persona contra la que se haya dictado una orden de expulsión, tendrá derecho, si afirma ser nacional del país o sostiene que la expulsión es contraria a una ley o un acuerdo internacional que la prohíbe o excluye expresamente, a interponer recurso ante un tribunal judicial o administrativo superior que actúe con plena independencia del gobierno. Sin embargo, la expulsión podrá efectuarse a título provisional, independientemente del recurso.”⁷⁶

⁷³ Unión Europea, corrección de errores de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 2/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, *Diario Oficial*, L 229, 29 de junio de 2004, págs. 35 a 48.

⁷⁴ 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, *Diario Oficial*, L 149, 2 de junio de 2001, págs. 34 a 36, art. 4.

⁷⁵ Directiva 2003/109/CE del Consejo, *op. cit.*, págs. 44 a 53.

⁷⁶ *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, *op. cit.*, art. 21.

43. Las leyes nacionales⁷⁷ discrepan en cuanto a permitir⁷⁸ o no⁷⁹ que se revise una decisión de expulsión. Asimismo algunas legislaciones: i) autorizan la reapertura del caso o la reconsideración de la decisión pertinente⁸⁰, incluso con respecto a una nueva solicitud de que se conceda la condición de persona protegida⁸¹; ii) confieren expresamente al Gobierno la facultad de recurrir la decisión⁸²; iii) prohíben la apelación o ciertos recursos contra la orden de expulsión cuando el extranjero expulsado constituya una amenaza para el orden público o la seguridad nacional, o haya participado presuntamente en actos de terrorismo⁸³; iv) permiten que ciertos recursos solo puedan ser interpuestos por extranjeros que no

⁷⁷ El análisis que sigue sobre la legislación y jurisprudencia nacionales retoman los párrafos 680 a 687 del *Memorando de la Secretaría sobre la expulsión de extranjeros*, *op. cit.*

⁷⁸ Argentina, Ley de 2004, arts. 74 y 75, 77 a 81, 84 y 85; Australia, Ley de 1958, art. 202 2) c) y 3) c); Belarús, Decisión del Consejo de 1999, art. 20 y Ley de 1998, arts. 15 y 29; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, arts. 8 2), 21 2), 62 5) y 76 6); Canadá, Ley de 2001, arts. 63 2), 3) y 5), 64, 66, 67 y 72 a 74; Chile, Decreto de 1975, art. 90; España, Ley de 2000, art. 26 2); Francia, Código, arts. L.213-2, L.513-3, L.514-1 2), L.524-4 y L.555-3; Grecia, Ley de 2001, art. 44 5); Guatemala, Decreto-Ley de 1986, art. 131; Hungría, Ley de 2001, art. 42 1); Irán, Ley de 1931, art. 12, Reglamento de 1973, art. 16; Italia, Ley de 2005, arts. 3 4) y 5), Decreto Legislativo núm. 286 de 1998, arts. 13 3), 5 bis, 8), 11), 13 bis 1), 4) y 14 6), Ley núm. 40 de 1998, art. 11 8) a 11), Decreto-Ley de 1996, arts. 7 1) y 3); Japón, Orden de 1951, arts. 10 9) y 10), 11 1), 48 8) y 9) y 49; Lituania, Ley de 2004, art. 136; Malasia, Ley de 1959/1963, arts. 9 8) y 33 2); Nigeria, Ley de 1963, art. 21 2); Panamá, Decreto-Ley de 1960, art. 86 1) y 2); Portugal, Decreto Ley de 1998, arts. 22 2), 23 y 121; República Checa, Ley de 1999, art. 172; República de Corea, Ley de 1992, art. 60 1), Decreto de 1993, arts. 74 y 75 1); Sudáfrica, Ley de 2002, art. 8 1) y 2); Suecia, Ley de 1989, arts. 7.1 a 8 y 7.11 a 18; Suiza, Reglamento de 1949, art. 20 2) y Ley Federal de 1931, art. 20; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 210 e) 3), 235 b) 3), 238 a) 3) A), b) 3), c) 3), 242 a) 1), 5), b) 9), c) a) g) y 505. Este derecho puede conferirse expresamente cuando: 1) el extranjero represente presuntamente una amenaza para la seguridad nacional (Australia, Ley de 1958, art. 202 2) c) y 3) c); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 505); Italia, Ley de 2005, art. 3 4) y 5); 2) la decisión atañe a la condición de persona protegida alegada por el extranjero (Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 76 6); Suecia, Ley de 1989, art. 7.4 y 5; o 3) la decisión recurrida es una denegación de la solicitud del extranjero expulsado de volver a entrar en el Estado que lo expulsó (Belarús, Ley de 1998, art. 29; Francia, Código, art. L.524-2).

⁷⁹ Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, arts. 28 2), 44 1), 49 3), 71 6), 78 1) y 84 2); Canadá, Ley de 2001, art. 64; Malasia, Ley de 1959/1963, art. 33 2); Nigeria, Ley de 1963, art. 30 2), Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 242 a) 2) y 3). En algunos casos, se excluye específicamente la posibilidad de recurrir cuando se trata de decisiones relativas al otorgamiento de la condición de persona protegida o la concesión de permisos por razones humanitarias [Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, arts. 49 3), 78 1) y 84 2)] o cuando la expulsión o devolución se basa en determinadas razones [Canadá, Ley de 2001, art. 64; Malasia, Ley de 1959/1963, art. 33 2)].

⁸⁰ Brasil, Ley de 1980, art. 71; Guatemala, Decreto-Ley de 1986, art. 130; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 240 b) 5) C) y D), c) 6) y 7).

⁸¹ Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 240 c) 6) y 7).

⁸² Canadá, Ley de 2001, arts. 63 4), 70 1) y 2) y 73; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 235 b) 3), 238 c) 3) A) i) y 505 c); Suiza, Ley Federal de 1931, art. 20 2). En algunos Estados, este derecho se confiere específicamente con respecto a solicitudes de otorgamiento de la condición de persona protegida (Canadá, Ley de 2001, art. 73), o a medidas relativas a extranjeros que presuntamente hayan participado en actos de terrorismo [Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 505 c) 1)].

⁸³ Canadá, Ley de 2001, art. 64 1); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad; arts. 242 a) 1) B) ii) y 504 k).

estén en el territorio del Estado⁸⁴; v) confieren específicamente el derecho de interponer un recurso a los residentes permanentes⁸⁵ o a las personas protegidas⁸⁶, o vi) reservan el examen del recurso a un tribunal interno, incluso para las reclamaciones planteadas en virtud de convenios internacionales⁸⁷.

44. Otras legislaciones exigen que en la orden de expulsión se informe al extranjero de todos los recursos que puede interponer⁸⁸. Según el caso, el recurso puede interponerse a partir de la fecha en que se dicta la orden de expulsión⁸⁹, de su notificación al interesado o del momento en que se le comunican sus fundamentos⁹⁰. En algunos Estados, la apelación tiene efectos suspensivos⁹¹, y en otros no⁹². En algunas legislaciones, se prevé la suspensión de la orden de expulsión: i) cuando el extranjero haya sido expulsado o es probable que lo sea⁹³; o ii) por solicitud de un organismo internacional competente, a menos que se den circunstancias excepcionales que obliguen a no conceder la suspensión⁹⁴. En algunos Estados, puede imponerse pena de prisión al funcionario que haya expulsado a un extranjero sin mediar resolución expresa firme y ejecutoriada⁹⁵. En

⁸⁴ Argentina, Ley de 2004, art. 35; Francia, Código, art. L.524-3. En algunos Estados, este recurso va acompañado de una solicitud de levantamiento de la prohibición de volver a entrar en el país (Francia, Código, arts. L.541-2 y L.541-4).

⁸⁵ Canadá, Ley de 2001, art. 63 2).

⁸⁶ *Ibid.*, art. 63 3).

⁸⁷ Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 242 a) 4) y 5).

⁸⁸ Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, arts. 8 2) y 76 6); Francia, Código, art. L.213-2; Japón, Orden de 1951, arts. 10 9) y 48 8); Portugal, Decreto-Ley de 1998, arts. 22 2) y 120 2); República de Corea, Decreto de 1993, art. 74; Suiza, Ley Federal de 1931, art. 19 2). En algunos casos este requisito solo se refiere a la decisión sobre el otorgamiento de la condición de persona protegida [Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 76 6)].

⁸⁹ Argentina, Ley de 2004, art. 35, y Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 238 b) 3) y 240 b) 1).

⁹⁰ Argentina, Ley de 2004, arts. 75 y 84; Belarús, Ley de 1998, art. 15; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 21 2), 43 1), 62 5), 70 1); Canadá, Ley de 2001, arts. 72 2) b) y 169 f); Hungría, Ley de 2001, art. 42 1); Irán, Reglamento de 1973, art. 16; Panamá, Decreto Ley de 1960, art. 86.

⁹¹ Argentina, Ley de 2004, art. 82; Belarús, Decisión del Consejo de 1999, art. 20 y Ley de 1998, art. 31; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, arts. 43 2), 44 2), 49 4), 58 1), 78 2) y 84 3) y 4); Canadá, Ley de 2001, arts. 49 1), 68 y 70 1) y 2); Chile, Decreto de 1975, art. 90; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 101 a) 47) B) y 242 f); Francia, Código, art. L.513-3; Irán, Ley de 1931, art. 12; Italia, Decreto Legislativo núm. 286 de 1998, art. 16 7); Japón, Orden de 1951, arts. 11 1) y 49 1); Malasia, Ley de 1959/1963, art. 33; Nigeria, Ley de 1963, art. 21 2); Panamá, Decreto-Ley de 1960, art. 87; República de Corea, Ley de 1992, art. 60 1); Sudáfrica, Ley de 2002, art. 8 2) b); Suecia, Ley de 1989, arts. 8.10 y 11.4. En algunos Estados, la suspensión de la ejecución de la orden está sujeta a ciertas condiciones [Canadá, Ley de 2001, art. 68; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 242 f); Francia, Código, art. L.513-3; Irán, Ley de 1931, art. 12] y la negativa a conceder la suspensión solicitada puede entrañar la desestimación del recurso [Canadá, Ley de 2001, art. 69 1)].

⁹² Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, arts. 21 3), 62 6) y 70 2); Italia, Ley de 2005, art. 3 4) y 4 bis, y Decreto Legislativo núm. 286 de 1998, art. 13 5 bis; República Checa, Ley de 1999, art. 172 4); Sudáfrica, Ley de 2002, art. 8 2) a); Suecia, Ley de 1989, arts. 8.7 a 9. En ciertos Estados, la negativa a conceder la suspensión de la ejecución se refiere de forma expresa al extranjero que presuntamente haya participado en un acto de terrorismo [Italia, Ley de 2005, arts. 3 4) y 4 bis].

⁹³ Australia, Ley de 1958, arts. 151 y 153.

⁹⁴ Suecia, Ley de 1989, art. 8.10 a).

⁹⁵ Paraguay, Ley de 1996, arts. 108 y 110.

otros Estados, si no se ha resuelto la apelación en un plazo determinado, puede considerarse que el recurso ha sido desestimado tácitamente⁹⁶.

45. Según el caso, el recurso puede limitarse al examen de las siguientes cuestiones: i) si se respetaron las garantías procesales y si la decisión impugnada es razonable⁹⁷; ii) si la decisión impugnada contiene errores de hecho, de derecho, o ambos⁹⁸; iii) si se han respetado principios elementales de justicia⁹⁹; iv) si la objeción es razonable¹⁰⁰ o bien fundamentada¹⁰¹; o, v) si ha habido un abuso de poder discrecional o si las conclusiones de la decisión son manifiestamente contrarias a derecho, o a hechos claramente establecidos que figuren en autos¹⁰². En algunos Estados, si se sospecha que el extranjero ha participado en actos de terrorismo, el tribunal revisa nuevamente las cuestiones de derecho y aplica el “criterio de la decisión claramente errónea” (*clearly erroneous standard*) al reconsiderar los hechos¹⁰³. En otros Estados, el alcance de la revisión es limitado si el extranjero ya ha salido del país¹⁰⁴ o se restringe la facultad del órgano encargado de la revisión de tener en cuenta consideraciones humanitarias, salvo que el extranjero reúna específicamente las condiciones necesarias para beneficiarse de estas consideraciones¹⁰⁵. Además, algunas legislaciones prevén expresamente que se mantenga en vigor una decisión de expulsión si no se presentan nuevas circunstancias durante el período en que el extranjero tiene prohibido permanecer en el territorio del Estado¹⁰⁶.

46. Numerosos tribunales nacionales han reconocido el derecho a recurrir una orden de expulsión¹⁰⁷. Por ejemplo, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en la causa *Immigration and Naturalization Service v. St. Cyr*, sostuvo que el derecho de un extranjero a recurrir una orden de expulsión estaba reconocido por la Constitución de los Estados Unidos, y que una ley de deportación no debía interpretarse en el sentido de que denegase este derecho. Según el Tribunal:

“El artículo I, párrafo 9, apartado 2, de la Constitución dispone lo siguiente: ‘El privilegio del hábeas corpus no se suspenderá, salvo cuando la seguridad pública lo exija en los casos de rebelión o invasión’. Por lo tanto, es indudable que ‘la Constitución exige’ alguna ‘intervención judicial en los casos de deportación’. *Heikkila v. Barber*, 345 U.S. 229, 235 (1953). [...] De ello se sigue que si aceptáramos la aseveración del INS de que las leyes de 1996 han retirado estas facultades a los jueces federales sin indicar quién podría ejercerlas en su lugar, ello plantearía un grave problema respecto de la cláusula de suspensión ... Además, llegar a la conclusión de que en este contexto ya no

⁹⁶ Argentina, Ley de 2004, art. 76.

⁹⁷ *Ibid.*, art. 89.

⁹⁸ Canadá, Ley de 2001, art. 67 1) a).

⁹⁹ *Ibid.*, arts. 67 1) b) y 71.

¹⁰⁰ Japón, Orden de 1951, arts. 11 3) y 49 3).

¹⁰¹ República de Corea, Ley de 1992, art. 60 3).

¹⁰² Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 210 e) 3) B) y 240 b) 4) C) y D).

¹⁰³ *Ibid.*, art. 505 a) 3) y c) 4) C) y D).

¹⁰⁴ Austria, Ley de 2005, art. 3.57.

¹⁰⁵ Canadá, Ley de 2001, arts. 65 y 67 1) c).

¹⁰⁶ Polonia, Ley núm. 1775 de 2003, art. 21 1) 7).

¹⁰⁷ Véase la jurisprudencia nacional del Canadá, Bélgica, el Brasil, los Estados Unidos y la Federación de Rusia, citadas al respecto en el *Memorando de la Secretaría sobre la expulsión de extranjeros*, *op. cit.*, nota núm. 1599.

puede interponerse el recurso de hábeas corpus supondría apartarse de la práctica histórica en materia de derecho sobre inmigración.”¹⁰⁸

47. Sin embargo, algunos tribunales nacionales han observado que con frecuencia el alcance de esta revisión es muy limitado. Por ejemplo, en el Reino Unido:

“34. El magistrado que conozca de la apelación está obligado, en virtud del artículo 19 1), a estimar dicho recurso si considera que la decisión ‘no era conforme con la ley o con cualquier reglamento de inmigración aplicable’ o si, en caso de que la decisión implique el ejercicio de las facultades discrecionales del Secretario de Estado, entiende ‘que estas facultades discrecionales debían haberse ejercido de un modo distinto’. De no ser así, la apelación debe desestimarse.”¹⁰⁹

48. Algunas legislaciones limitan además el alcance de la revisión judicial si la decisión de expulsión se basa en razones de seguridad nacional u orden público¹¹⁰. Sin embargo, en el Reino Unido, tras la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la causa *Chahal*, se revocó una decisión que excluía la posibilidad de interponer recurso de apelación cuando la expulsión se fundaba en motivos de seguridad nacional¹¹¹.

49. Por lo tanto, la interposición de un recurso personal contra una medida de expulsión se encuentra claramente establecida en el derecho internacional, en particular tras la Segunda Guerra Mundial, con el nacimiento de los distintos órganos de protección de los derechos humanos, y consideramos que ha adquirido en la actualidad valor consuetudinario¹¹².

B. Efectos del recurso jurisdiccional sobre la decisión de expulsión

1. Plazo para la consideración del recurso

50. El tribunal que entiende de un recurso por el que se pretende dejar sin efecto una medida de expulsión debe resolverlo en un plazo breve y emitir rápidamente su decisión. El “plazo breve” se determina a la luz de las circunstancias de cada caso¹¹³. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró, en la causa *Sánchez-Reisse*, que el juez incumplió la obligación de pronunciarse en un plazo breve al emplear 46 días para decidir sobre la legalidad de una detención producida en el

¹⁰⁸ *Immigration and Naturalization Service v. St. Cyr*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 25 de junio de 2001 [No. 00-767], 533 U.S. 289 (2001).

¹⁰⁹ *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, *op. cit.*, pág. 540 (Lord Hoffman).

¹¹⁰ Véase, por ejemplo *Secretary of State of the Home Department v. Rehman*, *op. cit.* “Por otra parte, el párrafo 4 establece lo siguiente: ‘Este procedimiento no será aplicable si la orden de expulsión se basa en razones relacionadas con el orden público o la seguridad nacional, de las cuales el Ministerio del Interior o los prefectos de los departamentos fronterizos serán los jueces únicos’”. *In re Salom*, Consejo de Estado, 3 de abril de 1940, *Recueil des arrêts du Conseil d’État*, 1939, pág. 125.

¹¹¹ *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, *op. cit.*, págs. 531 y 532.

¹¹² Sobre el valor del deber de protección judicial, véase A. B. Ba, *op. cit.*, págs. 561 a 565.

¹¹³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 24 de octubre de 1979, *Winterwerp c. Pays-Bas*, párr. 60, serie A, núm. 33. En la causa *Sánchez-Reisse*, *loc. cit.*, el Tribunal admitió que el procedimiento podía ser escrito en su totalidad.

marco de un procedimiento de extradición¹¹⁴. En la mayoría de los casos, los tribunales no se expiden sobre la validez formal de la decisión de detención, sino sobre “la legalidad de la detención con miras a la expulsión”¹¹⁵. Sin embargo, ninguna disposición legal permite a los tribunales nacionales ejercer un control sobre las decisiones administrativas por las que se ordena la expulsión de ciertos extranjeros del territorio nacional, especialmente cuando median cuestiones de seguridad nacional y orden público.

2. Carácter suspensivo del recurso

51. En 1892, el Instituto de Derecho Internacional consideró en el párrafo 1 del artículo 21 de las Normas internacionales sobre admisión y expulsión de extranjeros que “la expulsión podrá efectuarse a título provisional, independientemente del recurso”¹¹⁶. Con carácter general, el hecho de que el recurso sea efectivo no implica que tenga carácter suspensivo. Pero el párrafo 4 del artículo 22 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990 establece que hasta que se examine el recurso contra la decisión de expulsión, los interesados “tendrán derecho a solicitar que se suspenda la ejecución de la decisión de expulsión”. Tanto la Comisión como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideran que un recurso tan solo es efectivo en el sentido de este artículo cuando tiene carácter suspensivo. No es necesario en este caso que la suspensión de la decisión de expulsión tenga una relación directa con el riesgo de que el extranjero afectado por la medida sufra torturas u otros malos tratos si llega a ejecutarse la decisión¹¹⁷. Por consiguiente, cuando se interpone un recurso contra una medida de expulsión, se deberá suspender la ejecución de esta hasta que se pronuncie la instancia nacional competente¹¹⁸. Esta exigencia es incluso más necesaria cuando el demandante afectado por la medida de expulsión es un solicitante de asilo que corre un grave riesgo de sufrir malos tratos en el territorio del Estado de destino. En su sentencia en la causa *Chahal*, al ser de aplicación el artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y tener sustento la alegación de la violación del artículo 3, el Tribunal Europeo había

¹¹⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 21 de octubre de 1986, *Sánchez-Reisse*, *loc. cit.*, párr. 55.

¹¹⁵ F. Sudre, *Le contrôle des mesures d'expulsion et d'extradition par les organes de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme*, en D. Turpin (dir.), *Immigrés et réfugiés dans les démocraties occidentales. Défis et solutions*, *Economica*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1989, 319 páginas, pág. 257.

¹¹⁶ Instituto de Derecho Internacional, *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, sesión de Ginebra, 9 de septiembre de 1892, *Anuario del Instituto de Derecho Internacional*, t. XII, 1892-1894, págs. 218 y siguientes.

¹¹⁷ S. Sarolea, “Les droits procédurales du demandeur d'asile au sens des articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme”, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1999, núm. 37, págs. 119 a 145, en especial págs. 136 a 140.

¹¹⁸ Durante mucho tiempo el Tribunal de Estrasburgo únicamente aplicó esta norma cuando se invocaba el artículo 13 en relación con el artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Véase, por ejemplo, en lo que respecta al artículo 3: Comisión Europea de Derechos Humanos, decisión de 27 de febrero de 1991, *A. c. France*, demanda núm. 17262/90. Para establecer una diferencia con otros artículos que no requieren el efecto suspensivo del recurso, véase un ejemplo relativo a la supuesta violación, que no llegó a reconocerse, del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 6 de septiembre de 1978, *Klass et autres c. Allemagne*.

afirmado que “considerando el carácter irreversible del daño que se podía producir si se materializaba el riesgo de malos tratos [...], la noción de recurso efectivo en el sentido del artículo 13 [exigía] examinar independientemente el argumento de que [existían] razones serias para temer un riesgo real de malos tratos contrarios al artículo 3”¹¹⁹. El Tribunal fue más lejos en la causa *Jabari* al señalar que “la noción de recurso efectivo en el sentido del artículo 13 requiere [...] la posibilidad de suspender la ejecución de la [decisión de expulsión]”¹²⁰.

52. En 2001, el Comisario para los Derechos Humanos indicó a los Estados miembros del Consejo de Europa que “es indispensable no solamente garantizar, sino además asegurar en la práctica el derecho a interponer un recurso judicial en el sentido del artículo 13 [del Convenio] cuando la persona afectada alegue que las autoridades competentes han infringido o pueden infringir alguno de los derechos garantizados [por el Convenio]. Este derecho a un recurso efectivo debe estar garantizado para todos los que deseen impugnar una decisión de devolución o de expulsión del territorio. El recurso debe suspender la ejecución de la decisión de expulsión, al menos cuando se alegue una eventual infracción de los artículos 2 y 3 [del Convenio]”¹²¹.

53. En su sentencia de 5 de febrero de 2002 en la causa *Conka*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos recordó que “la efectividad de los recursos exigidos por el artículo 13 supone que estos pueden impedir la ejecución de las medidas contrarias al Convenio y cuyas consecuencias sean potencialmente irreversibles”¹²² y que “el artículo 13 se opone [por tanto] a que esas medidas sean ejecutadas antes incluso de finalizar el examen por las autoridades nacionales de su compatibilidad con el Convenio”¹²³. A continuación el Tribunal consideró que, si bien los Estados partes en el Convenio son libres de decidir la manera de cumplir las obligaciones contempladas en el artículo 13, “no puede excluirse que, en un sistema en el que la suspensión se concede previa petición y según las circunstancias del caso, esta se deniegue indebidamente, sobre todo si, llegado el momento la instancia que conoce del fondo de la causa debe [...] anular una decisión de expulsión por haberse infringido el Convenio, por ejemplo, porque el interesado podría sufrir malos tratos en el país de destino o ser víctima de una expulsión colectiva”¹²⁴.

54. Solamente se puede asegurar la eficacia de las vías de recurso si los recursos interpuestos por los extranjeros que son objeto de expulsión producen efectos suspensivos respecto de las medidas de expulsión. No se trata de un efecto suspensivo de pleno derecho, sino de un efecto destinado a garantizar que la tramitación del procedimiento mantenga su razón de ser y que permite evitar las

¹¹⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 15 de noviembre de 1996, *Chahal*, *op. cit.*, apartado 151.

¹²⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 11 de julio de 2000, *Jabari c. Turquie*, apartado 50, recopilación 2000-VIII. La causa se refería a un ciudadano iraní que alegaba que su expulsión a su Estado de origen le pondría en peligro de sufrir malos tratos prohibidos en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

¹²¹ Recomendación de 19 de septiembre de 2001 del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa relativa a los derechos de los extranjeros que desean entrar en el territorio de los Estados miembros del Consejo de Europa y a la ejecución de las decisiones de expulsión, Comm.DH/Rec(2001) 1, apartado 11.

¹²² *Ibid.*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 5 de febrero de 2002, *Conka*, *op. cit.*, párr. 79.

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ *Ibid.*, párr. 82.

consecuencias, en ocasiones desastrosas, de que una expulsión sea declarada ilegal por una instancia nacional o internacional. En su sentencia de 2005 en la causa *Mamatkulov*, el Tribunal Europeo destacó en términos más generales “la importancia del recurso suspensivo en los casos de expulsión o extradición”¹²⁵.

55. Como puede observarse, el efecto suspensivo de un recurso contra una decisión de expulsión solo está contemplado verdaderamente en el marco de la interpretación del artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990 reconoce únicamente la posibilidad de que el trabajador extranjero objeto de expulsión solicite la suspensión de la decisión de expulsión y no incorpora la norma del efecto suspensivo de esa solicitud. Ni siquiera la doctrina parece ser partidaria de este efecto, como pone especialmente de manifiesto la posición que desde hace tiempo mantiene el Instituto de Derecho Internacional. Por otro lado, la consagración del principio del efecto suspensivo del recurso supondría romper el equilibrio que debe existir en el ámbito de la expulsión entre el derecho del Estado a expulsar y el debido respeto a los derechos humanos del extranjero afectado. En efecto, la formulación de una norma general del efecto suspensivo del recurso contra una decisión de expulsión equivaldría a permitir la parálisis de la acción del Estado autor de la expulsión, tanto más difícil de admitir por la mayoría de los Estados si el motivo de la expulsión es de orden público y todavía más si se trata de la seguridad nacional. Por todas estas razones, el Relator Especial duda de que la propuesta de un proyecto de artículo al respecto tenga fundamento.

C. Vías de recurso contra una decisión judicial de expulsión

56. La decisión judicial de expulsión es una condena dictada por un órgano jurisdiccional que implica la salida del extranjero del territorio y la prohibición de regresar a él durante un determinado período de tiempo. Esta pena se impone con carácter principal o como complemento de una sanción penal de prisión o multa. En efecto, esa decisión generalmente tiene carácter complementario con respecto a una pena impuesta a un extranjero que ha cometido una infracción en el Estado autor de la expulsión.

57. La legislación de numerosos Estados permite interponer recurso contra una decisión judicial de expulsión. En Francia, por ejemplo, existen tres tipos de recurso contra una decisión judicial de expulsión:

a) El extranjero afectado por una decisión judicial de expulsión puede interponer recurso en la Secretaría del Tribunal de Apelación en el plazo de dos meses desde la notificación de la decisión;

b) Asimismo, un extranjero afectado por una decisión judicial de expulsión puede interponer un recurso de revocación por el que solicite a la instancia jurisdiccional penal (tribunal correccional o tribunal de apelación) que haya dictado la resolución de expulsión la revocación de esa medida. El recurso de revocación únicamente es admisible si no se ha ordenado la expulsión como sanción principal. Este recurso debe enviarse por correo o presentarse por medio de un abogado y

¹²⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 4 de febrero de 2005, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, párr. 124.

solamente se puede interponer al cabo de seis meses desde que se dictó la resolución por la que se impone la condena;

c) El indulto presidencial: si el órgano judicial competente desestima el recurso de revocación de la expulsión del territorio, al extranjero le queda la posibilidad de solicitar el indulto al Presidente de la República.

58. En Suiza, donde la gran mayoría de la población penitenciaria extranjera es objeto de una decisión de expulsión¹²⁶, el antiguo artículo 55 del Código Penal disponía lo siguiente: “El juez podrá expulsar del territorio suizo durante un período de 3 a 15 años a cualquier extranjero condenado a pena de reclusión o prisión. En caso de reincidencia, podrá decretarse la expulsión de por vida”. No obstante, esta forma de expulsión ha sido suprimida del nuevo Código Penal que entró en vigor el 1 de enero de 2007. Ahora bien, el apartado a) del párrafo 1 del artículo 10 de la Ley Federal de 26 de marzo de 1931 de estancia y residencia de extranjeros sigue contemplando la posibilidad de que los extranjeros sean expulsados de Suiza o de un cantón por las autoridades que ejercen las funciones en materia de policía de extranjería (véase el art. 15) si son condenados por una autoridad judicial por haber cometido un crimen o un delito. También se puede interponer recurso contra una decisión judicial que ordene la expulsión ante un órgano jurisdiccional regional de protección de los derechos humanos una vez que se hayan agotado las vías de recurso internas. En la causa *Emre c. Suiza*, el Tribunal Europeo menciona en los hechos que “el 13 de agosto de 2002 el Tribunal de Faltas del distrito de Neuchâtel condenó al interesado a cinco meses de prisión incondicional por motín y violación de la legislación sobre armas, infracciones que [habían sido] cometidas el 5 de marzo de 2000. Además, el 10 de noviembre de 1999 se ordenó la revocación de la suspensión. Asimismo, el tribunal ordenó la expulsión del interesado del territorio suizo, sin suspensión alguna, durante un período de siete años. Esta sentencia fue confirmada el 6 de marzo de 2003 por el Tribunal de Casación Penal del cantón de Neuchâtel”¹²⁷. En esta causa, tanto el Tribunal de Faltas como el Tribunal de Casación Penal del cantón de Neuchâtel habían ordenado la expulsión del demandante por un período de siete años, mientras que la decisión administrativa de expulsión no contenía ninguna limitación en cuanto a la duración. Sin embargo, al ir dirigida la demanda contra la decisión administrativa de expulsión y no contra la decisión judicial de expulsión, el Tribunal no se pronunció sobre esta cuestión del período de duración de la expulsión, que parecía constituir una sanción añadida a la ya impuesta en esta causa.

59. Parece evidente que no existe fundamento en el derecho internacional para establecer norma alguna sobre las vías de recurso contra una decisión de expulsión, ni siquiera en el marco del desarrollo progresivo. Sin duda, se observa en este sentido una cierta especificidad del derecho regional europeo en materia de derechos humanos, que destaca la necesidad de prever la posibilidad de interponer recurso de apelación contra una decisión de expulsión. Ahora bien, con carácter general, la cuestión pertenece claramente al ámbito del derecho interno de los Estados y no resulta fácil que el derecho internacional pueda establecer una norma de aplicación general sobre una cuestión en la que, según se ha descrito, las legislaciones

¹²⁶ E. Montero Pérez de Tudela, “L’expulsion judiciaire des étrangers en Suisse: *La récidive et autres facteurs liés à ce phénomène*”, *Crimiscope*, núm. 41, mayo de 2009.

¹²⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, causa *Emre c. Suisse*, sentencia de 28 de mayo de 2008, párr. 11.

nacionales presentan tanta disparidad. Ni siquiera en el supuesto de que se realizara un estudio completo de todas las legislaciones nacionales con el fin de identificar una eventual tendencia dominante al respecto, parecería oportuno que el derecho internacional se inmiscuyera en un ámbito reservado estrictamente a los procedimientos judiciales de los Estados, que son los que mejor pueden apreciar su pertinencia. Por lo demás, el derecho a interponer recurso contra la decisión de expulsión debe entenderse tal y como está consagrado en la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos. Por tanto, ese derecho no requiere ninguna norma específica.

V. Relaciones entre el Estado autor de la expulsión y los Estados de tránsito y destino

60. Es necesaria la cooperación entre el Estado autor de la expulsión y los Estados de destino y, eventualmente, de tránsito, para una ejecución completa de la medida de expulsión. Por lo general, esta cooperación requiere la celebración de acuerdos bilaterales entre los Estados afectados. Como se verá a continuación, la Unión Europea ha desarrollado en este sentido un sistema de cooperación administrativa y técnica entre sus Estados miembros con miras a facilitar la ejecución de las medidas de expulsión. Desde este punto de vista, se han aprobado varias directivas destinadas especialmente al reconocimiento de la decisión de expulsión de un extranjero del territorio de un Estado miembro por parte de los demás Estados.

A. Libertad para acoger o no al extranjero expulsado

1. Principio general

61. En el caso *Ben Tillett*, el tribunal de arbitraje reconoció expresamente, como se ha visto, el derecho que asiste a un Estado a denegar la entrada en su territorio a un extranjero que, sobre la base de su apreciación discrecional de los hechos, le parezca que constituye una amenaza para la seguridad nacional: “Considerando que no se puede negar que un Estado tiene el derecho a prohibir la entrada en su territorio a extranjeros cuya conducta o presencia constituya, a su juicio, una amenaza para la seguridad; y considerando, además, que un Estado goza de plena soberanía para evaluar los hechos que justifiquen la prohibición”¹²⁸.

62. Asimismo, es bien sabido que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado en varias causas que el derecho de los Estados a controlar la entrada de extranjeros en su territorio es un principio arraigado del derecho internacional:

“[...] la preocupación de los Estados contratantes por mantener el orden público, en particular mediante el ejercicio de su facultad, de honda raigambre en el derecho internacional y con sujeción a las obligaciones contraídas en

¹²⁸ Caso *Ben Tillett (Royaume-Uni c. Belgique)*, laudo arbitral de 26 de diciembre de 1898, en G. Fr. de Martens, *Nouveau Recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international*, segunda serie, t. XXIX, Leipzig, Librairie Dieterich Theodor Weicher, 1903, pág. 269.

virtud de tratados, de controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros”¹²⁹.

63. Ya en 1891, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos sostenía que todas las naciones soberanas tenían la potestad de decidir si admitían extranjeros en su territorio, y en qué condiciones, con arreglo al derecho internacional: “Es una máxima aceptada del derecho internacional que todo Estado soberano tiene la potestad, inherente a su soberanía y esencial para su supervivencia, de prohibir la entrada de extranjeros en sus dominios o de admitirlos únicamente con arreglo a las condiciones y en los casos que considere oportunos”¹³⁰.

64. En 1906, en la causa *Attorney-General for Canada v. Cain*, el Comité Judicial del Consejo Privado (predecesor del Tribunal Supremo del Canadá) reconoció el derecho del Estado a decidir si admite o no extranjeros, incluidos los nacionales de Estados amigos: “Uno de los derechos que se derivan de la potestad suprema de que goza todo Estado es el derecho a denegar a un extranjero el permiso para entrar en dicho Estado, a establecer las condiciones que considere oportunas para conceder dicho permiso de entrada, y a expulsar o deportar del Estado, a discreción, incluso a un extranjero nacional de un Estado amigo, especialmente si considera que su presencia en el Estado es contraria a la paz, el orden público y el buen gobierno, o a sus intereses sociales o materiales”¹³¹.

2. Límite: el derecho de toda persona a regresar a su propio país

a) Norma general

65. Ya en 1892, el Instituto de Derecho Internacional expresó la opinión de que un Estado no podía negar el acceso a su territorio a sus ex nacionales, incluidos los que hubieran pasado a ser apátridas. El artículo 2 de las Normas internacionales sobre admisión y expulsión de extranjeros establece lo siguiente:

“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”¹³².

66. Como es bien sabido, el derecho de las personas a entrar o regresar a su propio país se reconoce en los principales instrumentos de protección de los derechos humanos de carácter universal, especialmente en la Declaración Universal de

¹²⁹ Causa *Moustaquim c. Belgique*, sentencia sobre el fondo y la satisfacción equitativa) 18 de febrero de 1991, demanda núm. 12313186, párr. 43. Véanse también las causas *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, párr. 102; *Chahal c. Royaume-Uni*, párr. 73; *Ahmed c. Autriche*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 17 de diciembre de 1996, demanda núm. 25964/94, párr. 38; *Bouchelkia c. France*, *op. cit.*, párr. 48; y *H. L. R. c. France*, *op. cit.*, párr. 33.

¹³⁰ *Nishimura Ekiu v. United States et al.*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 18 de enero de 1892, 142 U.S. 651. Véase también *Chae Chan Ping v. United States*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 13 de mayo de 1889, 130 U.S. 581, 603, 604 (“La jurisdicción sobre su propio territorio a tal efecto [el de excluir a extranjeros] es un atributo de toda nación independiente. Forma parte de su independencia. Si no pudiera excluir a los extranjeros, estaría sujeta al control de otra potencia”).

¹³¹ [1906] A.C. 542, pág. 546.

¹³² *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, *op. cit.*

Derechos Humanos¹³³, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹³⁴ y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos¹³⁵. Ese derecho se reconoce frente al Estado de la nacionalidad en el Protocolo núm. 4 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales¹³⁶ y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹³⁷.

67. El Comité de Derechos Humanos ha examinado el significado de las palabras “su propio país” que figuran en el párrafo 4 del artículo 12 del Pacto Internacional. En su Observación general núm. 27, el Comité indicó que el sentido de esta expresión era más amplio que el de “país de la nacionalidad” por cuanto incluía situaciones en las que una persona, aunque no fuera nacional de ese país, tuviera “relaciones estrechas y duraderas” con él¹³⁸:

“20. En el texto del párrafo 4 del artículo 12 no se diferencia entre nacionales y extranjeros (“nadie”). Así pues, los titulares de ese derecho solo pueden determinarse interpretando las palabras “su propio país” [referencia omitida]. El alcance de la expresión “su propio país” es más amplio que el de “país de su nacionalidad”. No se limita a la nacionalidad en el sentido formal, es decir, a la nacionalidad recibida por nacimiento o naturalización; comprende, cuando menos, a la persona que, debido a vínculos especiales o a pretensiones en relación con un país determinado, no puede ser considerada como un simple extranjero. Este sería el caso, por ejemplo, de los nacionales de un país que hubieran sido privados en él de su nacionalidad en violación del derecho internacional [...].

21. En ningún caso se puede privar arbitrariamente a una persona del derecho a entrar en su propio país. La referencia al concepto de arbitrariedad en este contexto tiene por objeto subrayar que se aplica a toda actuación del Estado, legislativa, administrativa o judicial; garantiza que incluso las injerencias previstas por la ley estén en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto, y sean, en todo caso, razonables en las circunstancias particulares. El Comité considera que hay pocas circunstancias, si es que hay alguna, en que la privación del derecho a entrar en su propio país puede ser razonable. Un Estado parte no debe impedir arbitrariamente a una persona el

¹³³ Resolución 217 A (III) de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1948, Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 13, párr. 2.

¹³⁴ Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, anexo, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966, art. 12, párr. 4.

¹³⁵ Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 12, párr. 2.

¹³⁶ Protocolo núm. 4 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, por el que se garantizan determinados derechos y libertades distintos de los ya incluidos en el Convenio y en su primer Protocolo adicional al Convenio, enmendado por el Protocolo núm. 11, Estrasburgo, 16 de septiembre de 1963, Unión Europea, *Recueil des Traités*, núm. 46, art. 3, párr. 2. Según el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, “es un principio de derecho internacional que un Estado no puede denegar a sus propios nacionales el derecho de entrada o residencia”. *Van Duyn c. Home Office*, asunto 4174, sentencia, Recopilación de la jurisprudencia del Tribunal, 1974, 1337 [1975], Common Market Law Reports, núm. 1, 18, 4 de diciembre de 1974 (este asunto se refería a la libertad de circulación y no a la expulsión).

¹³⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José (Costa Rica)”, art. 22, párr. 5.

¹³⁸ Hurst Hannum, *The Right to Leave and Return in International Law and Practice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, págs. 62 y 63.

regreso a su propio país por la vía de despojarla de su nacionalidad o de expulsarla a un tercer país.”¹³⁹

68. La cuestión que se plantea es dilucidar si el antiguo Estado de la nacionalidad tiene la obligación de admitir a sus ex nacionales. El derecho de una persona a regresar a su propio país, consagrado, como se ha visto, en los instrumentos de derechos humanos puede interpretarse ampliamente de manera que incluya al antiguo Estado de la nacionalidad. Además, ese Estado puede estar obligado a admitir a su ex nacional a fin de no privar a un tercer Estado de su derecho a expulsar a un extranjero de su territorio. El examen de la práctica de los Estados, especialmente de su práctica convencional, indica, sin embargo, que el derecho internacional consuetudinario no impone al antiguo Estado de la nacionalidad una obligación de readmisión. Así se puso de manifiesto en los debates de la Conferencia de Codificación de La Haya de 1930 relativa a la nacionalidad¹⁴⁰ y ello explica la existencia de tratados de repatriación (por ejemplo, la Convención entre Bélgica y los Países Bajos relativa a la asistencia a las personas indigentes y su repatriación de 15 de mayo de 1936¹⁴¹). Por otra parte, la privación de la nacionalidad de una persona que se halla presente en el territorio de un tercer Estado ha sido considerada como un abuso de poder o de autoridad por la carga impuesta al Estado en cuyo territorio se encuentra el extranjero¹⁴².

69. El rechazo del antiguo Estado de la nacionalidad a admitir a su ex nacional puede impedir que el Estado territorial ejerza su derecho a expulsar al extranjero si ningún otro Estado está dispuesto a admitir a la persona¹⁴³.

“La expulsión efectiva de un extranjero normalmente requiere la cooperación por aquiescencia del Estado del que es nacional. Así, en general se considera que ese Estado tiene la obligación de recibirlo si procura entrar en su territorio. Tampoco puede negarse a recibirlo si durante su ausencia del territorio ha perdido su nacionalidad sin haber adquirido la de otro Estado. Por el contrario, no está claro en qué forma un Estado, habiendo puesto fin a la nacionalidad de una persona que le debe lealtad, pueda razonablemente exigir a cualquier otro

¹³⁹ Comité de Derechos Humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), Observación general núm. 27: libertad de circulación (art. 12), 2 de noviembre de 1999, párrs. 20 y 21.

¹⁴⁰ Actas de la Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional, vol. 2, actas de la Primera Comisión: nacionalidad, Sociedad de las Naciones, Doc. núm. C.351 a).M.145 a).1930.V.

¹⁴¹ Véase Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CLXXIX, 1937-1938, núm. 4131, pág. 41. Rainer Hofmann, *op. cit.*, pág. 1005.

¹⁴² Véanse Ruth Donner, *The Regulation of Nationality in International Law*, 2ª ed., Nueva York, Transnational Publishers, Inc., 1994. pág. 153; y David A. Martin, *op. cit.*, pág. 41.

¹⁴³ “No puede concluirse que la negativa a recibir esté respaldada por el derecho internacional. Nadie discute que todo Estado está facultado para expulsar como corolario de su derecho de determinar las condiciones de ingreso a su territorio. Ese derecho deja de existir si otro Estado se niega a cumplir las condiciones que presupone y que son esenciales para su ejercicio” [Lawrence Preuss, “International Law and Deprivation of Nationality”, *Georgetown Law Journal*, vol. 23, 1934, págs. 250 a 276, en especial pág. 272 (en referencia a la obligación de un Estado de admitir a sus ex nacionales que han pasado a ser apátridas)]. “Además de provocar la desnacionalización y el exilio del individuo en cuestión, tiene efectos sobre otros Estados al convertir a la persona en apátrida. Otros Estados se hallan en la posición de tener que otorgar residencia a una persona que no es su nacional o de obligarla a seguir desplazándose continuamente de un Estado a otro hasta que alguno de ellos ceda” [Niall MacDermot (dir.), *op. cit.*, pág. 23].

Estado cuya nacionalidad no ha adquirido posteriormente que lo reciba en su territorio cuando el primero trata de deportarlo y de hacer que salga de su territorio. Es harto dudoso que un Estado no pueda expulsar a un extranjero de su territorio porque su país de origen lo ha privado de la nacionalidad y posteriormente no ha adquirido la nacionalidad de ningún otro Estado. El Estado que puede recurrir a la expulsión no está internacionalmente obligado a permitir que el extranjero siga dentro de sus límites hasta que un Estado extranjero determinado se muestre dispuesto a recibirlo en su territorio.”¹⁴⁴

70. El artículo 1 del Protocolo Especial sobre la apatridia de 1930 se refiere a la obligación de un Estado de admitir a sus ex nacionales que sean apátridas de la manera siguiente:

“Si una persona tras ingresar en un país extranjero pierde su nacionalidad sin adquirir otra nacionalidad, el Estado cuya nacionalidad poseyó últimamente está obligado a admitirlo, a solicitud del Estado en cuyo territorio se encuentre:

1) Si es indigente en forma permanente ya sea como resultado de una enfermedad incurable o por cualquier otro motivo; o

2) Si ha sido condenado, en el Estado en que se encuentra, a no menos de un mes de prisión y ya ha cumplido su condena o ha obtenido una remisión total o parcial de ella.

En el primer caso, el Estado cuya nacionalidad poseía esa persona podrá negarse a recibirla, si se compromete a financiar el gasto de socorro en el país en que se encuentra a partir del trigésimo día contado de la fecha en que se hizo la solicitud. En el segundo caso el gasto de enviarlo de regreso correrá a cargo del país que hace la solicitud.”¹⁴⁵

b) Caso particular de los refugiados

71. El refugiado objeto de expulsión debe tener la oportunidad de solicitar la admisión en otro Estado distinto de su Estado de origen antes de que se ejecute la decisión de expulsión. La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados exige que al refugiado que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado se le conceda, en caso de expulsión, un plazo razonable para solicitar su admisión en otro Estado. El párrafo 3 de su artículo 32 establece lo siguiente: “Los Estados Contratantes concederán, en tal caso, al refugiado un plazo razonable dentro del cual pueda gestionar su admisión legal en otro país. Los Estados Contratantes se reservan el derecho a aplicar durante ese plazo las medidas de orden interior que estimen necesarias”.

72. Según explica Robinson en su comentario sobre la Convención, esa disposición se refiere al estatuto del refugiado una vez que se ha adoptado en su contra una decisión definitiva de expulsión. De acuerdo con este comentario, si bien la Convención no lo exige de forma explícita, al refugiado objeto de expulsión

¹⁴⁴ Charles Cheney Hyde, *op. cit.*, págs. 231 y 232; véase también John Fischer Williams, *op. cit.*, pág. 61.

¹⁴⁵ Protocolo especial sobre la apatridia de 1930, La Haya, 12 de abril de 1930, *ILM*, vol. 13, 1974, pág. 1. El artículo 2 establece lo siguiente: “La inclusión de los principios y normas anteriormente mencionados no prejuzgará en modo alguno la cuestión de si forman o no parte del derecho internacional”.

deben dársele las facilidades previstas en el párrafo 2 del artículo 31 de la Convención¹⁴⁶. Además, las medidas de orden interno que pueda adoptar el Estado Contratante durante ese período no deberán imposibilitar que el refugiado obtenga la admisión en otro Estado.

“El párrafo 3 del artículo 32 se ocupa del estatuto de refugiado una vez se ha adoptado la decisión definitiva de expulsión. Este precepto no permite al Estado ejecutar la expulsión de forma inmediata, sino que le exige que conceda un plazo suficiente para que el refugiado pueda encontrar un lugar al que ir. Aunque el párrafo 3 no lo dice de forma explícita, debe entenderse que al refugiado también deben concedérsele las facilidades necesarias previstas en el párrafo 2 [del artículo 31], puesto que sin ellas no podría lograr su admisión en otro país. La segunda oración del párrafo 3 está redactada de forma más restrictiva que la primera oración del párrafo 2 del artículo 31: el primer precepto se refiere a las medidas ‘que estimen necesarias’ (en francés ‘qu’ils jugeront opportune’) [los Estados Contratantes], mientras que el segundo habla de medidas ‘necesarias’ (en francés ‘qui sont nécessaires’. La diferencia se encuentra en la evaluación subjetiva de las medidas: en el caso del artículo 31, deben parecerle necesarias a un observador imparcial; en cambio, según el artículo 32 basta con que las autoridades competentes las consideren necesarias. Pero incluso en este caso, no pueden ser de tal naturaleza que impidan al refugiado obtener la admisión en otro país, puesto que la Convención considera la expulsión una medida que solo puede adoptarse cuando el refugiado no puede abandonar el país por iniciativa propia.”¹⁴⁷

73. Como se desprende del comentario del citado autor, la Convención no establece qué debe entenderse por “plazo razonable” a los efectos del párrafo 2 del artículo 32. Según la jurisprudencia de los tribunales nacionales, dos meses no constituyen un plazo suficiente: “La presente Convención no indica qué constituiría un plazo razonable. Según el fallo del Tribunal Administrativo Federal [de Alemania] en la causa *Hodzic v. Rheinland-Pfalz* un plazo de dos meses resulta demasiado breve”¹⁴⁸.

74. Según lo señalado por este autor, esta disposición no se aplicaría cuando otro Estado estuviera obligado a readmitir al refugiado. En este caso, el refugiado puede ser expulsado de forma inmediata. Tal y como señala A. Grahl-Madsen: “La disposición no será aplicable cuando otro país de refugio esté obligado a admitir al refugiado, en cuyo caso podrá ser devuelto a ese país inmediatamente”¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Esta disposición, que se ocupa de la situación de los refugiados que se encuentran ilegalmente en el territorio de un Estado, establece lo siguiente: “Los Estados Contratantes no aplicarán a tales refugiados otras restricciones de circulación que las necesarias; y tales restricciones se aplicarán únicamente hasta que se haya regularizado su situación en el país o hasta que el refugiado obtenga su admisión en otro país. Los Estados Contratantes concederán a tal refugiado un plazo razonable y todas las facilidades necesarias para obtener su admisión en otro país”.

¹⁴⁷ Nehemiah Robinson, *op. cit.*, págs. 135 y 136.

¹⁴⁸ Atle Grahl-Madsen, *op. cit.*, párr. 11.

¹⁴⁹ *Ibid.*

B. Determinación del Estado de destino

1. Libertad de que goza el expulsado para elegir un Estado de destino

75. En principio, el expulsado debe poder elegir él mismo un Estado de destino. El Relator Especial del Instituto de Derecho Internacional, Sr. Féraud-Giraud, en el Proyecto de reglamentación de la expulsión de los extranjeros de 1891 consideraba que, “habitualmente, [...] el expulsado [...] debe ser conducido a la frontera del territorio de la nación a la que pertenece o a la frontera más cercana [...]”¹⁵⁰. No obstante, el expulsado “debe tener siempre la libertad de elegir como lugar de salida del territorio una frontera distinta de la del Estado del que es nacional”¹⁵¹. Finalmente, en el artículo 33 de las Normas internacionales sobre admisión y expulsión de extranjeros de 9 de septiembre de 1892, el Instituto de Derecho Internacional consideró que correspondía al “extranjero al que se ha ordenado salir del territorio [...] indicar la frontera por la que desea salir”¹⁵². Esta forma de abordar la cuestión solamente tenía sentido en una época en la que la expulsión se realizaba casi exclusivamente por las fronteras terrestres. Por el contrario, no se podría mantener en un contexto como el actual en el que la expulsión se efectúa en numerosas ocasiones por vía aérea. En este ámbito, la cuestión que se plantea es la elección del Estado de destino más que la determinación de una frontera para salir del territorio del Estado autor de la expulsión.

76. Algunos convenios internacionales consagran este principio de libre elección del Estado de destino. Así, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares establece en el párrafo 7 de su artículo 22 lo siguiente: “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”¹⁵³. La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (Convención de Ginebra) de 1951 también establece esta norma específica¹⁵⁴, esto es, que un refugiado al que el Estado de acogida ordene salir de su territorio por razones de seguridad nacional o de orden público y que, como es bien sabido, no puede ser devuelto a ningún territorio en el que su vida o su libertad se vean amenazadas, debe tener la posibilidad de buscar un país que acepte admitirlo y respete su vida y su libertad. En efecto, el párrafo 3 del artículo 32 de la Convención de Ginebra regula la ejecución de la medida de expulsión dictada contra un refugiado y establece que

¹⁵⁰ Comisión de estudio sobre el derecho de admisión y expulsión de los extranjeros del Instituto de Derecho Internacional, *Projet de réglementation de l'expulsion des étrangers*, presentado por L. J. D. Féraud-Giraud, sesión de Hamburgo, septiembre de 1891, *Anuario del Instituto de Derecho Internacional*, t. XI, 1889-1892, págs. 275 a 282, en especial pág. 280, párr. XV.

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² Instituto de Derecho Internacional, *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, sesión de Ginebra, 9 de septiembre de 1892, *Anuario del Instituto de Derecho Internacional*, t. XII, 1892-1894, págs. 218 y siguientes.

¹⁵³ Convención aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, y en vigor desde el 1 de julio de 2003, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 44*, vol. I (A/45/49).

¹⁵⁴ V. Chetail, “Le principe de non-refoulement et le statut de réfugié en droit international”, en V. Chetail (dir.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après: bilan et perspectives*, publicación del Instituto Internacional de Derechos Humanos, Bruselas, Bruylant, 2001, 456 páginas, págs. 3 a 61, en especial pág. 49.

“los Estados Contratantes concederán, en tal caso, al refugiado un plazo razonable dentro del cual pueda gestionar su admisión legal en otro país [...]”. No obstante, se plantean dificultades en este ámbito, que hacen que en ocasiones resulte infructuosa la búsqueda de un país que pueda admitir al refugiado en cuestión. El Comité Ejecutivo de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados aconsejó que “en los casos en que no es posible llevar a la práctica una medida de expulsión, los Estados deberían considerar la posibilidad de dar a los refugiados delincuentes el mismo trato que a los nacionales delincuentes”¹⁵⁵.

2. Posibilidad de que el Estado autor de la expulsión sustituya al expulsado en la elección del Estado de destino

77. Como acaba de observarse, por regla general, la expulsión de las personas se realiza al Estado de su nacionalidad. Pero cuando el extranjero afectado considera que va a ser sometido a torturas en su propio país, se plantea el problema de elegir el Estado al que debe ser expulsado. De hecho, la devolución de un extranjero a un país que supone un peligro para él puede provocarle un perjuicio irreparable. No existe una práctica generalizada en la materia, si bien en diferentes partes del mundo se adoptan medidas para asegurar la elección del Estado de destino en caso de expulsión.

78. En Europa, se ha implantado una práctica generalizada desde la aprobación del Convenio de Dublín relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas de 15 de junio de 1990. El Convenio contemplaba varias medidas destinadas a garantizar que una solicitud de asilo fuera examinada por un Estado miembro y no fuera enviada sucesivamente de un Estado miembro a otro. Los artículos 4 a 8 exponían los criterios que permitían determinar qué Estado miembro era responsable del examen de una solicitud de asilo. Con arreglo al artículo 7, la responsabilidad del examen de una solicitud de asilo incumbía al Estado miembro responsable del control de entrada del extranjero en territorio de los Estados miembros. Por tanto, teniendo en cuenta lo dispuesto en este Convenio, un Estado miembro ante el que se presentaba una solicitud de asilo por parte de un extranjero al que se hubiera denegado una primera solicitud presentada en el Estado miembro responsable jurídicamente de esta tenía derecho a expulsar al solicitante a ese Estado miembro autor de la decisión de denegación del asilo. No obstante, esta medida podía entrar en conflicto con la Convención contra la Tortura. En la causa *T. I. c. Reino Unido*¹⁵⁶, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos analizó las relaciones entre las disposiciones del Convenio de Dublín y el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que prohíbe la tortura. En esta causa el demandante corría el riesgo de ser devuelto a Alemania, donde previamente se había tomado la decisión de expulsarlo y deportarlo a Sri Lanka. El demandante no corría “verdaderamente el peligro de recibir un trato contrario al artículo 3 en Alemania”. Sin embargo, su devolución a este Estado constituía “un eslabón de una eventual cadena de circunstancias que podían desembocar en su deportación a Sri Lanka, donde [se alegaba que] corría un riesgo real de sufrir ese trato” contrario al

¹⁵⁵ Conclusión núm. 7 (XXVIII) [1977] del Comité Ejecutivo de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, citada por el Sr. Chetail, *loc. cit.*, pág. 49.

¹⁵⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, decisión de 7 de marzo de 2000, *T. I. c. Royaume-Uni*, demanda núm. 43844/98.

Convenio¹⁵⁷. El Tribunal consideró entonces que “la devolución indirecta pasando por un país intermedio que resulta ser también un Estado Contratante no tiene incidencia alguna sobre la responsabilidad del Reino Unido, que debe velar por que el demandante no sea objeto de un trato contrario al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por su decisión de expulsarlo”¹⁵⁸. Asimismo, el Tribunal señaló que “cuando los Estados celebran [...] acuerdos internacionales para cooperar en determinados ámbitos de actividad, puede verse afectada la protección de los derechos fundamentales”¹⁵⁹. Según este Tribunal, sería contrario “al objeto y el fin” del Convenio Europeo de Derechos Humanos “que los Estados Contratantes estén exonerados de toda responsabilidad con respecto a este en el ámbito de actividad correspondiente”¹⁶⁰. No obstante, el Tribunal consideró que “no se ha probado la existencia de un riesgo real de que Alemania expulse al demandante a Sri Lanka en violación del artículo 3 del Convenio”¹⁶¹. Por tanto, a pesar de la decisión de devolver al demandante a ese otro Estado miembro de la Unión Europea, “el Reino Unido no ha [...] incumplido sus obligaciones derivadas de esta disposición”¹⁶².

79. Cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene constancia de que el extranjero que ha interpuesto la demanda corre el riesgo de sufrir malos tratos en el Estado de destino, en ocasiones invita al Estado que expulsa a tomar medidas provisionales, como la suspensión del procedimiento de expulsión.

80. Algunas legislaciones otorgan al extranjero un derecho independiente de recurso contra la determinación del Estado de destino en caso de expulsión, pero no en caso de devolución.

“En los procedimientos de expulsión, los Estados suelen asumir una mayor discrecionalidad con respecto al destino al que se envía al individuo, y no es infrecuente que se le envíe al puerto de embarque. Las amplias opciones de que disponen las autoridades del Estado, y que se aceptan en la práctica, deben reconsiderarse teniendo en cuenta que el extranjero excluido pocas veces tendrá derecho a interponer un recurso contra el destino propuesto o a organizar su propia salida. Sin embargo, una vez ha cruzado la frontera, la práctica del Estado le permite frecuentemente beneficiarse de ciertas garantías de procedimiento. Así pues, puede presentar un recurso, no solo contra la expulsión sino también contra el destino propuesto, y se le puede dar la oportunidad de asegurarse la entrada en otro país de su elección. Desde luego, en último término, si ningún Estado está dispuesto a recibirlo, el único Estado al que el extranjero puede ser enviado legalmente es su Estado de nacionalidad o ciudadanía. Si no puede obtener la admisión en otro país, de ordinario su recurso contra la expulsión no prosperará.”¹⁶³

81. Sin embargo, no se puede afirmar que este derecho esté contemplado en el derecho internacional. A fin de cuentas, la existencia de esta norma constituiría un

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ Ibid.

¹⁶¹ Ibid.

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ Goodwin-Gill, *op. cit.*, págs. 223 y 224 (véase *R. v. Governor of Brixton Prison*, ex parte *Sliwa* [1952] 1 All E.R. 187).

obstáculo al ejercicio por parte del Estado de su derecho soberano de expulsión, que solamente está limitado por la exigencia del respeto a los derechos humanos del extranjero que es objeto de expulsión, ya se trate, como se ha visto, de derechos sustantivos o de derechos procesales. Basta con que, en el ejercicio del derecho de expulsión, el Estado que la efectúa se asegure en particular de que el extranjero expulsado no va a sufrir torturas ni un trato inhumano y degradante en el Estado de destino para que su elección cumpla las exigencias del derecho internacional en la materia. El Estado que expulsa solo podría estar eventualmente vinculado por la elección del extranjero objeto de expulsión si aquel no llega a determinar cuál es el Estado de nacionalidad de este último o si existe un riesgo de que el extranjero en cuestión vaya a ser sometido a torturas o a un trato inhumano y degradante en el Estado del que es nacional, y siempre que ese extranjero consiga que un tercer Estado le acoja en su territorio.

C. Estado susceptible de acoger al extranjero expulsado

82. En el quinto informe de la Comisión sobre la expulsión de los extranjeros¹⁶⁴ se observó que el Estado de acogida de un extranjero expulsado por otro Estado debe cumplir determinados criterios que le permitan garantizar el respeto de sus derechos fundamentales, como el de no ser sometido a torturas. Los instrumentos internacionales y la jurisprudencia coinciden en este punto.

1. Aparición y consagración de la noción de “país seguro”

83. La noción de “país seguro” surgió en Alemania en el artículo 16 de su Ley Fundamental¹⁶⁵. Según esta disposición, deberá desestimarse la solicitud de asilo de un extranjero que proceda de un país de origen o de otro país tercero que se considere seguro. Los países de origen seguros son los que no llevan a cabo persecuciones políticas ni violan los derechos humanos. La lista de esos países está incluida en una ley¹⁶⁶. Por su parte, los terceros países seguros son aquellos países con respecto a los que se ha declarado que respetan el Convenio de Ginebra de 1951 y el Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁶⁷ y, por presunción, los Estados miembros de la Unión Europea. Los Países Bajos también han aprobado leyes sobre países de origen seguros y terceros países seguros y han elaborado listas de esos países, que pueden ser modificadas¹⁶⁸. El legislador comunitario ha incorporado igualmente la noción de “país seguro”. El Convenio de Dublín relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas de 15 de junio de 1990 establece en el párrafo 5 de su artículo 3 que “todo Estado miembro conservará la posibilidad, en aplicación de su derecho nacional, de enviar a un Estado tercero a un solicitante de asilo, respetando las disposiciones de la

¹⁶⁴ A/CN.4/611.

¹⁶⁵ N. Berger, *La politique européenne d'asile et d'immigration - Enjeux et perspectives*, Bruselas, Bruylant, 2000, 269 páginas, pág. 185.

¹⁶⁶ Fuente: Senado de Francia, Servicio de Asuntos Europeos, nota informativa sobre la inmigración y el derecho de asilo, disponible en versión HTML en <http://www.senat.fr/lc/lc34/lc344.html>.

¹⁶⁷ El Senegal y Ghana, por ejemplo, figuran en esta lista, que se puede modificar por ley.

¹⁶⁸ Se trata de las Leyes de 1 de diciembre de 1994 y de 2 de febrero de 1995. Fuente: Senado de Francia, Servicio de Asuntos Europeos, nota informativa sobre la inmigración y el derecho de asilo, disponible en versión HTML en <http://www.senat.fr/lc/lc34/lc344.html>.

Convención de Ginebra, modificada por el Protocolo de Nueva York”¹⁶⁹. El Reglamento (CE) núm. 343/2003 del Consejo de la Unión Europea, de 18 de febrero de 2003, que sustituye al Convenio de Dublín, incorpora el texto del párrafo 5 del artículo 3 en el párrafo 3 de su artículo 3¹⁷⁰.

84. En 1992, los ministros europeos de inmigración aprobaron una resolución en la que definían la noción de “tercer país seguro”¹⁷¹. Así, se considera “seguro” el Estado que no amenaza la vida y la libertad de las personas en violación de las disposiciones del Convenio de Ginebra de 1951, que no comete ningún acto de tortura ni inflige malos tratos y que respeta el principio de no devolución. La noción queda de este modo consagrada en el derecho europeo. El 25 de noviembre de 1997, en la 609ª reunión de los Delegados de los Ministros, el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó la recomendación núm. R (97) 22 por la que se enuncian las directrices sobre la aplicación de la noción de terceros países seguros. En esta recomendación, el Comité aprobó las directrices que se indican a continuación, sin perjuicio de los demás instrumentos internacionales aplicables entre los Estados miembros: i) el país tercero debe respetar las normas internacionales en la esfera de los derechos humanos relativas al asilo, tal y como se establecen en los instrumentos universales y regionales, incluida la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes; ii) el país tercero debe respetar los principios internacionales que regulan la protección de los refugiados, tal y como se establecen en el Convenio de 1951 y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967, teniendo en cuenta en particular el principio de no devolución; iii) el país tercero debe asegurar una protección efectiva contra la devolución, así como la posibilidad de solicitar el asilo y beneficiarse de él; iv) el país tercero debe haber concedido una protección efectiva al solicitante de asilo o haberle dado la posibilidad, en la frontera o en el territorio del país tercero, de entrar en contacto con las autoridades de ese país para solicitarles protección antes de dirigirse al Estado miembro en el que ha solicitado asilo, o el solicitante de asilo, a causa de su situación personal, especialmente de sus relaciones anteriores con el país tercero, ha de poder ser admitido en este último utilizando como base una prueba manifiesta. En la resolución de 30 de noviembre de 1992 de los ministros de los Estados miembros de las Comunidades Europeas encargados de la inmigración, relativa a una política común de inmigración ilegal (Resolución de Londres), los Estados miembros también definieron la noción de terceros países de acogida a los que puede ser enviado el solicitante de asilo y decidieron que un solicitante de asilo puede ser enviado a un Estado si: su vida y su libertad no están amenazadas en él; no corre el riesgo de ser sometido a torturas u otros tratos inhumanos o degradantes; ya ha

¹⁶⁹ Convenio de Dublín relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C 254, de 19 de agosto de 1997, pág. 1.

¹⁷⁰ Reglamento (CE) núm. 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, *op. cit.* El Reglamento (CE) núm. 1560/2003 de la Comisión, de 2 de septiembre de 2003, se refiere a las disposiciones de aplicación del Reglamento 343/2003, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 222, de 5 de septiembre de 2003, pág. 3.

¹⁷¹ Resolución de los Ministros de inmigración, de 30 de noviembre y 1 de diciembre de 1992, sobre un enfoque armonizado de las cuestiones referentes a los países terceros de acogida, SN 4823/92.

obtenido la protección de ese país o puede ser admitido en él de forma manifiesta; y se beneficia en él de una protección efectiva contra la devolución.

85. Por tanto, la noción de “país seguro” permite a los Estados miembros aplicar un procedimiento de examen que, al mismo tiempo que respeta la garantía de un trato individual, es acelerado, puesto que el Estado de origen es reconocido como “seguro”. No obstante, los Estados conservan un margen de maniobra importante para definir la noción de “país seguro”, lo cual dificulta la interpretación uniforme de los criterios de “seguridad”. Por consiguiente, el Estado autor de la expulsión debe indagar, si existen esos riesgos, cuál es su pertinencia, y no puede recurrir al criterio del orden público para expulsar al extranjero. En consecuencia, cuando un Estado miembro rechaza la solicitud de asilo presentada por un extranjero, está obligado a expulsar al interesado a un país seguro, que puede ser el país de origen u otro Estado tercero¹⁷².

86. Como marco para que el Estado que expulsa evalúe la situación del Estado de destino, el Consejo debe aprobar una lista mínima común, que pueda modificarse, de países terceros que tengan la consideración de países de origen seguros para los Estados miembros de la Unión Europea. Esta lista debe elaborarse teniendo en cuenta la información procedente de los Estados miembros y de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, el Consejo de Europa y otras organizaciones nacionales competentes. La lista no impide que los Estados consideren como seguros otros países de origen, aunque en tal caso deberán notificarlo a la Comisión. La elaboración de esta lista debe contribuir a acelerar la tramitación de las solicitudes de asilo. Por su parte, el artículo 36 de la Directiva establece que un país tercero europeo es seguro si ha ratificado la Convención de Ginebra de 1951 y el Convenio Europeo de Derechos Humanos y observa sus disposiciones, si cuenta con un procedimiento de asilo prescrito por la ley y si figura en la lista común de países seguros elaborada por el Consejo. No obstante, según la Directiva, “la designación de un tercer país como país de origen seguro no podrá [...] establecer una garantía absoluta de seguridad para los nacionales de dicho país [...]. [Por lo tanto], es importante que, cuando un solicitante demuestre que existen motivos serios para que no se considere a un país como seguro en sus circunstancias particulares, la designación del país como seguro ya no puede considerarse en cuanto a lo que dicho solicitante se refiere”¹⁷³.

87. Esta forma de proceder ha sido criticada por algunos autores. A este respecto, F. Julien-Lafferrière considera que “los Estados europeos tienen la intención de limitar al máximo la entrada y permanencia de extranjeros en su territorio, incluso cuando estos solicitan asilo. A tal fin, tratan de establecer mecanismos destinados a hacer que los solicitantes de asilo permanezcan, si no en su propio país de origen o residencia, al menos en los países o las zonas geográficas que están más cerca de su país de origen. El uso [de la noción] de ‘país tercero seguro’ cumple perfectamente

¹⁷² Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 326, de 13 de diciembre de 2005, pág. 13; corrección de errores, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 236, de 31 de agosto de 2006, pág. 36.

¹⁷³ Párrafo 21 del preámbulo de la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado.

esa función [...]”¹⁷⁴. La celebración de acuerdos de readmisión, o la inserción de cláusulas de readmisión en los acuerdos internacionales, tiene en parte por objeto facilitar la aplicación de esas políticas de expulsión a “países seguros”.

88. Esta noción, de reciente aparición y confinada por ahora a la práctica europea, aún no puede ser objeto de un proyecto de norma de alcance general, tanto más cuanto que se trata de un concepto esencialmente fluctuante.

2. Estado de destino

89. Hay varias posibilidades en lo que respecta al Estado de destino de los extranjeros sujetos a expulsión, entre otras, el Estado de nacionalidad, el Estado de residencia, el Estado que hubiera expedido los documentos de viaje al extranjero, el Estado de desembarque, el Estado parte en un tratado, el Estado que consienta en recibir a los extranjeros expulsados y otros Estados. La legislación nacional de los Estados suele prever la expulsión de los extranjeros a distintos Estados en función de las circunstancias del caso de que se trate¹⁷⁵. La determinación del Estado de destino puede entrañar un examen de la admisibilidad de un extranjero en un Estado determinado.

a) Estado de nacionalidad

90. El Estado de nacionalidad parece ser el destino natural, y en todo caso el más habitual, del extranjero que es objeto de una medida de expulsión, puesto que ese Estado tiene la obligación de admitir a sus nacionales con arreglo al derecho internacional. Esta obligación se consagra en la Convención sobre la condición de los extranjeros de 1928¹⁷⁶. Pero un extranjero puede oponerse a su entrega al Estado de su nacionalidad, bien porque corra el riesgo de ser sometido a tortura, bien por consideraciones relacionadas con su estado de salud. Los instrumentos internacionales y la jurisprudencia son unánimes a este respecto. El párrafo 7 del artículo 22 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares dispone en este sentido que: “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 el Estado de origen”.

91. La doctrina también se inclina por considerar que el Estado está obligado a admitir a sus nacionales¹⁷⁷. Ya en 1892, el Instituto de Derecho Internacional

¹⁷⁴ F. Julien-Laferrière, “La compatibilité de la politique d’asile de l’Union européenne avec la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés”, en V. Chetail (dir.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après: bilan et perspectives*, publicación del Instituto Internacional de Derechos Humanos, Bruselas, Bruylant, 2001, 456 páginas, págs. 257 a 286, en especial pág. 282.

¹⁷⁵ “El derecho interno a menudo prevé el alejamiento o la expulsión de los extranjeros a todo tipo de jurisdicciones”. Richard Plender, *op. cit.*, pág. 468.

¹⁷⁶ Convención sobre la condición de los extranjeros, adoptada por la VI Conferencia Internacional Americana, firmada en La Habana el 20 de febrero de 1928, Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CXXXII, 1932-1933, núm. 3045, pág. 306. El párrafo 2 del artículo 6 tiene el siguiente tenor: “Los Estados están obligados a recibir a los nacionales que, expulsados del extranjero, se dirijan a su territorio”.

¹⁷⁷ Véase Karl Doehring, *op. cit.*, pág. 111; Guy S. Goodwin-Gill, *op. cit.*, pág. 255; David John Harris, *op. cit.*, pág. 505; Richard Plender, “The Ugandan Crisis and the Right of Expulsion

consideraba que el Estado no podía impedir el acceso de sus nacionales a su territorio¹⁷⁸. Algunos autores estiman que ello es el corolario necesario del derecho de expulsión del Estado, en la medida en que permite dar efecto a ese derecho¹⁷⁹.

92. Se ha planteado la cuestión de si un Estado tiene la obligación de admitir a un nacional que haya sido objeto de una expulsión ilícita¹⁸⁰. En otras palabras, ¿tiene un Estado la obligación de admitir a sus nacionales cuando el Estado que los haya expulsado no tenga derecho a hacerlo, o lo haga conculcando las normas del derecho internacional? Esta cuestión requiere un examen de la relación entre el derecho que asiste a cualquier Estado territorial de expulsar a extranjeros de su territorio y la obligación que incumbe al Estado de nacionalidad de recibir a aquellos de sus nacionales que hayan sido expulsados de otros Estados, así como un examen de las posibles consecuencias jurídicas de una expulsión ilícita desde el punto de vista de las vías de recurso disponibles. Parece que la opinión tradicional es que un Estado tiene la obligación de admitir a sus nacionales como consecuencia de su nacionalidad independientemente de que su expulsión hubiese sido lícita o ilícita o de cualquier otra circunstancia que pudiese haber influido en la devolución de uno de sus nacionales¹⁸¹.

93. Se ha destacado la posibilidad de que el Estado de nacionalidad imponga el cumplimiento de una serie de requisitos para admitir a sus nacionales, tales como la presentación de una prueba de nacionalidad en forma de pasaporte u otra documentación. Cuando los nacionales no están en condiciones de presentar dicha información pueden plantearse problemas de tipo práctico. Se ha sugerido que quienes reclamen su derecho a retornar deben tener una oportunidad razonable de determinar su nacionalidad, así como la posibilidad de interponer un recurso contra la denegación de nacionalidad. Tras exponer el estado de la situación, según se desprende de la legislación de varios países, L. B. Sohn y T. Buergenthal llegan a la siguiente conclusión:

“Sea como fuere, deberá darse la oportunidad de acreditar su condición nacional a quienes reclamen su derecho a retornar y el asunto deberá examinarse de forma objetiva mediante la aplicación de las debidas garantías procesales. En caso de que se denegase una solicitud de nacionalidad y, por consiguiente, el derecho a entrar en el país, se debería facilitar la posibilidad

under International Law”, *op. cit.*, pág. 26; Ivan Anthony Shearer, *op. cit.*, pág. 78; véase también S. K. Agrawala, *op. cit.*, pág. 103.

¹⁷⁸ “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”. *Règles internationales sur l’admission et l’expulsion des étrangers*, *op. cit.*, art. 2.

¹⁷⁹ Véase Guy S. Goodwin-Gill, *op. cit.*, pág. 136 (en referencia a Schwarzenberger, *International Law* (3ª ed., 1957), vol. I, pág. 361; Oppenheim, *International Law* (8ª ed., 1955), vol. I, págs. 645 y 646); Robert Jennings y A. Watts, *op. cit.*, pág. 944; Richard Plender, *op. cit.*, pág. 459.

¹⁸⁰ “Además, no está nada claro que un Estado tenga la obligación de acoger a aquellos de sus nacionales que hayan sido expulsados ilícitamente de otro Estado, al menos en la medida en que la obligación de admisión es una obligación que existe únicamente entre Estados”. Guy S. Goodwin-Gill, *op. cit.*, págs. 201 y 202.

¹⁸¹ Véase Louis B. Sohn y T. Buergenthal (dir. publ.), *op. cit.*, págs. 39 y 40 (donde se citan los fallos de la Corte Internacional de Justicia en la causa *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, 1955 *C.I.J. Recueil*, pág. 4, y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto *Van Duyn c. Home Office*, asunto 41/74, *Recueil de jurisprudence*, 1974, pág. 1337).

de recurrir dicha decisión ante las autoridades judiciales o administrativas competentes”¹⁸².

94. También se ha planteado la cuestión de si la obligación de admitir a un nacional se aplica a las personas con doble nacionalidad (o nacionalidad múltiple) y en qué medida afecta a los respectivos Estados de nacionalidad. Como indicó el Relator Especial en sus informes tercero y cuarto¹⁸³, la cuestión se rige por las normas del derecho internacional relativas a la nacionalidad y, por tanto, excede el alcance del presente estudio. No obstante, conviene recordar que las nacionalidades tienen igual valor y que los derechos dimanantes de ellas se reconocen también a los beneficiarios de la doble o múltiple nacionalidad.

95. La legislación de algunos Estados¹⁸⁴ prevé la expulsión de un extranjero al Estado de su nacionalidad o a otro Estado con el que esté especialmente vinculado. Así, el Estado que expulsa puede devolver un extranjero: al Estado del que sea ciudadano o nacional¹⁸⁵ o nativo¹⁸⁶; al Estado al que “pertenezca” el extranjero¹⁸⁷; al Estado de “origen” del extranjero (cuando dicho Estado no sea el de nacionalidad)¹⁸⁸; o al Estado de nacimiento del extranjero¹⁸⁹. El Estado que expulsa puede determinar este destino como opción principal¹⁹⁰, opción principal alternativa¹⁹¹, opción secundaria a su elección¹⁹² u opción secundaria alternativa¹⁹³.

¹⁸² Louis B. Sohn y T. Buergenthal, *op. cit.*, págs. 46 y 47; David John Harris, *op. cit.*, pág. 506.

¹⁸³ Para el tercer informe, véase Comisión de Derecho Internacional, 59º período de sesiones, 7 de mayo a 5 de junio y 9 de julio a 10 de agosto de 2007, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/62/10)*; para el cuarto informe, véase Comisión de Derecho Internacional, 60º período de sesiones, 5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio a 8 de agosto de 2008, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/63/10)*.

¹⁸⁴ El análisis de las legislaciones nacionales y de la jurisprudencia nacional se basa en el *Memorando de la Secretaría sobre la expulsión de extranjeros, op. cit.*, párrs. 511, 512 y 513.

¹⁸⁵ Belarús, Ley de 1998, arts. 19 y 33; Brasil, Ley de 1980, art. 57; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 241 b) 1) C) i) y 2) D) y 250; Francia, Código, arts. L.513-2 1) y L.532-1; Japón, Orden de 1951, art. 53 1); Nigeria, Ley de 1963, arts. 17 1) c) i) y 22 1); República de Corea, Ley de 1992, art. 64 1).

¹⁸⁶ Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 250.

¹⁸⁷ Italia, Decreto-Ley núm. 286 (1998), art. 13 12); Ley núm. 40 (1998), art. 11 12); Decreto-Ley de 1996, art. 7 3); Kenya, Ley de 1967, art. 8 2) a).

¹⁸⁸ Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 64 1); Brasil, Ley de 1980, art. 57; Lituania, Ley de 2004, art. 129 1); Guatemala, Decreto-Ley de 1986, art. 88; Honduras, Ley de 2003, art. 3 23); Paraguay, Ley de 1996, art. 78; Suecia, Ley núm. 529 (1989), art. 8.5; Suiza, Orden de 1999, art. 9.

¹⁸⁹ Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 241 b) 1) C) iv) y vi); Japón, Orden de 1951, art. 53 2) 4) y 5); República de Corea, Ley de 1992, art. 64 2) 1).

¹⁹⁰ Belarús, Ley de 1998, art. 19; Francia, Código, arts. L.513-2 1) y 532-1; Italia, Decreto-Ley de 1996, art. 7 3); Japón, Orden de 1951, art. 53 1); Nigeria, Ley de 1963, art. 17 1) c); República de Corea, Ley de 1992, art. 64 1).

¹⁹¹ Belarús, Ley de 1998, art. 33; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 64 1); Brasil, Ley de 1980, art. 57; Guatemala, Decreto-Ley de 1986, art. 88; Honduras, Ley de 2003, art. 3 23); Kenya, Ley de 1967, art. 8 2) a); Nigeria, Ley de 1963, art. 22 1); Paraguay, Ley de 1996, art. 78; Suecia, Ley núm. 529 (1989), art. 8.5; Suiza, Orden de 1999, art. 9; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 252. Un Estado podrá: 1) permitir expresamente que el extranjero elija esta opción (Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 250); 2) dejar expresamente la elección al Ministro competente (Kenya, Ley de 1967, art. 8 2) a); Nigeria, Ley de 1963, art. 22 1); Paraguay, Ley de 1996, art. 78; o 3) no especificar a quién

96. En general, los tribunales internos han confirmado el derecho que asiste a un Estado de expulsar a un extranjero al Estado de su nacionalidad¹⁹⁴. Además, algunos tribunales nacionales han señalado que existe la presunción de que el Estado de nacionalidad tiene que aceptar a sus nacionales cuando sean expulsados¹⁹⁵. Sin embargo, en otros asuntos los órganos judiciales competentes observaron que el Estado de nacionalidad no estaba necesariamente dispuesto a admitir a su nacional¹⁹⁶. Se trata, no obstante, de excepciones poco numerosas en relación con lo que parece ser la tendencia dominante hasta el punto de constituir la norma en la materia.

b) Estado de residencia

97. La legislación nacional de algunos Estados prevé la expulsión de los extranjeros a su Estado de residencia o a aquel en el que residieran antes de entrar en el Estado expulsor¹⁹⁷. El Estado que expulsa puede determinar este destino como opción principal¹⁹⁸ u opción secundaria a su elección¹⁹⁹.

corresponde la elección (Belarús, Ley de 1998, art. 33; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 64 1); Brasil, Ley de 1980, art. 57; Guatemala, Decreto-Ley de 1986, art. 88; Honduras, Ley de 2003, art. 3 23); Suecia, Ley núm. 529 (1989), art. 8.5; Suiza, Orden de 1999, art. 9).

¹⁹² Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 240 b) 1) C), 2) D) (pero solo cuando el Estado de destino sea el Estado de nacionalidad del extranjero).

¹⁹³ Un Estado podrá permitir que el extranjero elija esta opción [República de Corea, Ley de 1972, art. 64 2) 1)-2)] o no especificar a quién corresponde la elección [Portugal, Decreto-Ley de 1998, art. 21 1)].

¹⁹⁴ Véase, por ejemplo, *Mackeson v. Minister of Information, Immigration and Tourism and Another*, *op. cit.*, pág. 252. *Mohamed and Another v. President of the Republic of South Africa and Others*, *op. cit.*, págs. 469 a 500; *Residence Prohibition Order Case (1)*, *op. cit.*, págs. 431 a 433; *Chan v. McFarlane*, *op. cit.*, págs. 213 a 218; *United States Ex Rel. Hudak v. Uhl*, Tribunal de Distrito, Distrito Norte, Nueva York, 1 de septiembre de 1937, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, años 1935-1937, H. Lauterpacht (dir. publ.), causa núm. 161, pág. 343 (“resulta extraño que se sostenga que existen límites en lo que respecta a la potestad de una nación soberana para deportar a un extranjero a su país natal, y ello tanto si ha entrado ilícitamente en los Estados Unidos directamente desde su país natal como a través de otro país”).

¹⁹⁵ Véase, por ejemplo, *United States Ex Rel. Tom Man v. Shaughnessy*, Estados Unidos, Tribunal de Distrito, Distrito Sur, Nueva York, 16 de mayo de 1956, *International Law Reports*, 1956, H. Lauterpacht (dir. publ.), pág. 400 (“si bien en la mayoría de los casos se podría presumir que ‘el país en que nació’ había consentido en aceptar un extranjero susceptible de ser deportado, dicha presunción, por sí sola, no pudo resistir el peso de los hechos de este caso”).

¹⁹⁶ Véase *Aronowicz v. Minister of the Interior*, Sala de Apelación del Tribunal Supremo, 15 de noviembre y 12 de diciembre de 1949, *International Law Reports*, 1950, H. Lauterpacht (dir. publ.), causa núm. 73, pág. 259 (“señaló que no todos los Estados estaban dispuestos a acoger a sus nacionales cuando otro Estado deseaba repatriarlos [...]”); *Ngai Chi Lam v. Esperdy*, *op. cit.*, págs. 536 a 538 (el Estado de nacionalidad rehusó aceptar al deportado).

¹⁹⁷ Belarús, Ley de 1998, art. 19; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 241 b) 1) C) iii), 2) E) iii); Japón, Orden de 1951, art. 53 2) 1)-2); República de Corea, Ley de 1992, art. 61 2) 1). Un Estado podrá determinar este destino como tercera opción a su elección [Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 241 b) 2) E) iii)].

¹⁹⁸ Belarús, Ley de 1998, art. 19.

¹⁹⁹ Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 241 b) 1) C) (pero solo cuando el Estado de destino sea el Estado de nacionalidad del extranjero); [República de Corea, Ley de 1992, art. 64 2) 1)-2)].

c) Estado de expedición del pasaporte

98. Un extranjero puede ser devuelto al Estado que hubiera expedido su pasaporte en dos situaciones distintas. El pasaporte puede constituir una prueba acreditativa de la nacionalidad del extranjero. En ese caso, el extranjero sería devuelto al Estado de nacionalidad. Sin embargo, los Estados pueden expedir pasaportes a no nacionales. En tal caso, el extranjero podría ser devuelto al Estado que hubiera expedido su pasaporte, pues la posibilidad de devolverlo a ese Estado parece ser un atributo fundamental de la emisión de un pasaporte válido. Observando a este respecto que el Tribunal Supremo del Brasil dictaminó en una ocasión que no se podía proceder a expulsar a un nacional rumano porque el Gobierno de Rumania se negaba a expedirle un pasaporte, un autor afirma lo siguiente: “En la actualidad existe un sólido corpus doctrinal favorable al planteamiento de que la posesión de un pasaporte conlleva la existencia de una obligación, vinculante para el Estado emisor, de readmitir a su titular si fuese expulsado de otro Estado y no tuviere otro sitio a donde ir. Esta obligación se reconoce con frecuencia en los tratados [...]”²⁰⁰.

99. Por consiguiente, la cuestión de la devolución está claramente ligada a la del pasaporte. Pero este no puede constituir una prueba suficiente de la nacionalidad, ya que no hay ninguna norma de derecho internacional consuetudinario que prohíba la expedición de pasaportes a no nacionales. En efecto, se puede expedir un pasaporte a personas a quienes se haya concedido asilo o que, por motivos políticos, no puedan obtener uno de su propio Estado de nacionalidad. En definitiva, aunque el pasaporte constituye en sí mismo una garantía suficiente para la readmisión, el hecho de que un extranjero posea un pasaporte “no garantiza a *su titular* la entrada en el Estado de expedición, ya que la garantía de poder devolverlo que se desprende de la norma de derecho internacional consuetudinario está relacionada únicamente con obligaciones contraídas entre Estados”²⁰¹.

100. La legislación nacional de algunos Estados prevé la expulsión de los extranjeros al Estado que les hubiese expedido los documentos de viaje²⁰². El Estado expulsor puede determinar este destino como opción principal²⁰³, opción principal alternativa²⁰⁴ o como opción secundaria alternativa²⁰⁵.

²⁰⁰ Guy S. Goodwin-Gill, *op. cit.*, pág. 45. El autor se refiere, entre otras cosas, a la causa y a los documentos siguientes: *Feldman v. Justiça Publica*, Ann. Dig. 1938-40, causa núm. 54; Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 414, pág. 211; Acuerdo de 1954 entre Suecia y la República Federal de Alemania, Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 200, pág. 39; Acuerdo de 1954 entre Dinamarca y la República Federal de Alemania, Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 200, pág. 53; Acuerdo de 1958 entre Bélgica y los Países Bajos, Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 330, pág. 84; Acuerdo de 1962 entre Austria y Francia, Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 463, pág. 173; art. 5 del Acuerdo europeo sobre el régimen de circulación de personas entre los países miembros del Consejo de Europa, *Recueil des Traités européens*, núm. 25.

²⁰¹ *Ibid.*, pág. 50 (en cursiva en el original).

²⁰² Francia, Código, art. L.513-2 2); Italia, Decreto-Ley núm. 286 (1998), art. 10 3), Ley núm. 40 (1998), art. 8 3); Nigeria, Ley de 1963, art. 17 1) c) ii); Portugal, Decreto-Ley de 1998, art. 21 1); Túnez, Ley de 1968, art. 5.

²⁰³ Italia, Decreto-Ley de 1996, art. 7 3); Nigeria, Ley de 1963, art. 17 1) c).

²⁰⁴ Italia, Ley núm. 40 (1998), art. 8 3). Un Estado puede no especificar a quién corresponderá la elección [Italia, Ley núm. 40 (1998), art. 8 3)].

²⁰⁵ Un Estado puede no especificar a quién corresponderá la elección [Portugal, Decreto-Ley de 1998, art. 21 1)].

d) Estado de embarque

101. La legislación nacional de algunos Estados²⁰⁶ prevé la expulsión de los extranjeros al Estado de embarque²⁰⁷. El Estado expulsor puede devolver un extranjero al Estado desde el que hubiese entrado en su territorio o en el que se hubiese embarcado en el medio de transporte utilizado para entrar en el país²⁰⁸. Como observa un autor: “Una práctica habitual de las autoridades nacionales de inmigración consiste en recurrir en primer lugar al sitio en que el extranjero se embarcó para viajar al territorio del Estado que deporta. Además de ser la forma más lógica de proceder, en ocasiones esta elección se deriva de la obligación jurídica que incumbe al transportista respecto del Estado que deporta, y que se limita solamente a volver a transportar al deportado al lugar en que hubiese embarcado. Cuando el país de embarque indica de antemano que no está dispuesto a recibir al extranjero, es necesario buscar otros destinos”²⁰⁹. El Estado expulsor puede determinar este destino como opción principal²¹⁰, opción principal alternativa²¹¹, opción secundaria²¹², opción secundaria alternativa a elección del extranjero²¹³ o como tercera opción a elección del extranjero²¹⁴.

102. Un Estado puede limitar la gama de opciones sobre este particular a los Estados de destino contemplados en virtud de arreglos o acuerdos especiales²¹⁵. Un Estado puede imponer condiciones a la elección de un Estado contiguo o

²⁰⁶ Fuente: *Memorando de la Secretaría sobre la expulsión de extranjeros*, *op. cit.*, párr. 516.

²⁰⁷ Véase Ivan Anthony Shearer, *op. cit.*, págs. 77 y 78; véase también D. P. O’Connell, *op. cit.*, págs. 710 y 711.

²⁰⁸ Belarús, Ley de 1998, arts. 19 y 33; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 64 1); Canadá, Ley de 2001, art. 115 3); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 241 b) 1) A)-B), 2) E) i)-ii), 250; Guatemala, Decreto-Ley de 1986, art. 88; Honduras, Ley de 2003, art. 3 23); Italia, Decreto-Ley núm. 286 (1998), arts. 10 3) y 13 12), Ley núm. 40 (1998), arts. 8 3) y 11 12), Decreto-Ley de 1996, art. 7 3); Japón, Orden de 1951, art. 53 2) 3); Kenya, Ley de 1967, art. 8 2) a); Panamá, Decreto-Ley de 1960, art. 59; Paraguay, Ley de 1996, art. 78; Portugal, Decreto-Ley de 1998, art. 21 1); República de Corea, Ley de 1992, art. 64 2) 3); Suecia, Ley núm. 529 de 1989, art. 8.5; Suiza, Orden de 1999, art. 9.

²⁰⁹ Ivan Anthony Shearer, *op. cit.*, págs. 77 y 78; véase también D. P. O’Connell, *op. cit.*, págs. 710 y 711.

²¹⁰ Canadá, Ley de 2001, art. 115 3); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 241 b) 1) A)-B); Portugal, Decreto-Ley de 1998, art. 21 1).

²¹¹ Belarús, Ley de 1998, art. 22; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 64 1); Brasil, Ley de 1980, art. 57; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 250; Guatemala, Decreto-Ley de 1986, art. 88; Honduras, Ley de 2003, art. 3 23); Italia, Ley núm. 40 (1998), art. 8 3); Kenya, Ley de 1967, art. 8 2) a); Lituania, Ley de 2004, art. 129 1); Panamá, Decreto-Ley de 1960, art. 59; Paraguay, Ley de 1996, art. 78; Suecia, Ley núm. 529 (1989), art. 8.5; Suiza, Orden de 1999, art. 9. Un Estado podrá: 1) permitir expresamente que el extranjero elija esta opción (Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 250); 2) dejar expresamente la elección al Ministro competente (Kenya, Ley de 1967, art. 8 2) a), 3); Panamá, Decreto-Ley de 1960, art. 59; Paraguay, Ley de 1996, art. 78); o 3) no especificar a quién corresponde la elección (Belarús, Ley de 1998, art. 33; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, art. 64 1); Brasil, Ley de 1980, art. 57; Guatemala, Decreto-Ley de 1986, art. 88; Honduras, Ley de 2003, art. 3 23); Italia, Ley núm. 40 (1998), art. 8 3); Lituania, Ley de 2004, art. 129 1); Suecia, Ley núm. 529 (1989), art. 8.5; Suiza, Orden de 1999, art. 9).

²¹² Italia, Decreto-Ley núm. 286 (1998), art. 13 12); Ley núm. 40 (1998), art. 11 12), Decreto-Ley de 1996, art. 7 3).

²¹³ Japón, Orden de 1951, art. 53 2) 3); República de Corea, Ley de 1992, art. 64 2) 3).

²¹⁴ Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 241 b) 2) E) i)-ii).

²¹⁵ Italia, Decreto-Ley de 1996, art. 7 3).

adyacente²¹⁶, que se aplicarían en particular a los extranjeros en situación de tránsito²¹⁷, y, en el caso de las personas protegidas, puede elegir un Estado alternativo si el Estado de destino hubiese denegado al extranjero su solicitud de asilo²¹⁸.

103. El Estado de embarque puede ser diferente del Estado de tránsito. Este último es el Estado en que el extranjero objeto de expulsión permanece legalmente durante un cierto período. Se ha afirmado que dicho Estado “no está obligado con arreglo al derecho internacional general a aceptar la devolución de una persona que haya pasado por su territorio o incluso que haya permanecido en él durante un considerable período de tiempo”²¹⁹. No obstante, hay quien considera que los numerosos acuerdos bilaterales o regionales de readmisión celebrados en los últimos decenios, aplicables a esas situaciones de tránsito, a menudo ligados a regímenes más amplios en que se determina a qué Estado corresponde examinar una solicitud de asilo, como el Convenio de Dublín de 1990, contribuirían a la aplicación de un supuesto principio del país de primer asilo, aunque de la práctica de los Estados no se desprende ningún principio de este tipo. A decir verdad, incluso a falta de un acuerdo de readmisión, un Estado puede tener en cuenta la estancia anterior de un solicitante de asilo en un tercer Estado a la hora de decidir si le concede asilo, dado que, en última instancia, dichas decisiones son discrecionales. Esto se ha ilustrado del siguiente modo: “[...] un Estado C a quien se solicite la concesión de asilo a un nacional expuesto a ser perseguido en un Estado A, podría tener debidamente en cuenta la estancia y la aparente protección proporcionada a esa persona en un Estado B y rechazar la concesión de asilo por ese motivo. Pero en esas circunstancias, a falta de alguna otra promesa concreta de readmisión, el Estado B no está obligado a aceptar su devolución. El principio de la no devolución, consagrado en el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, no permitiría que el Estado C devolviese a la persona al Estado A y esta bien podría permanecer indefinidamente en el territorio del Estado C, pese a la denegación de su solicitud de asilo”²²⁰.

e) Estado parte en un tratado

104. Un Estado puede contraer la obligación de recibir extranjeros que sean nacionales de otros Estados partes en un tratado²²¹. En ciertos casos, esa obligación

²¹⁶ Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 241 b) 2) B).

²¹⁷ Italia, Decreto-Ley núm. 286 (1998), art. 10 3).

²¹⁸ Canadá, Ley de 2001, art. 115 3).

²¹⁹ David A. Martin, *op. cit.*, pág. 42 [donde se cita, entre otros, el Convenio de Dublín relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, 15 de junio de 1990, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C 254, pág. 1 (1997)].

²²⁰ *Ibid.*

²²¹ Véase Robert Jennings y A. Watts, *op. cit.*, págs. 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 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 199, pág. 29) (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 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 322, pág. 235) (Islandia se hizo parte en el Acuerdo en 1966), modificado por un acuerdo ulterior de 1979 (RG, 84 (1980), pág. 376); y el Convenio entre Bélgica, los Países Bajos y Luxemburgo relativo

puede estar contemplada en un tratado bilateral. Los Estados partes en un tratado de ese tipo pueden reservarse el derecho a denegar la admisión o la entrada de esos extranjeros en las circunstancias previstas en el tratado. Así, la naturaleza y el alcance de la obligación que incumbe a un Estado de admitir extranjeros dependerán de los términos del tratado, que pueden variar de uno a otro²²².

105. En lo que respecta a los tratados constitutivos de organizaciones internacionales, algunos pueden conceder a los extranjeros el derecho de entrar libremente en el territorio de los Estados miembros, como ocurre en la Comunidad Económica Europea²²³. El Tratado constitutivo de la Comunidad garantiza en su artículo 39, entre otros, la libre circulación de los trabajadores dentro de dicha Comunidad. Esta libre circulación “supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo”, y, “sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas”, la libre circulación de los trabajadores implicará [entre otros] el derecho:

“[...]

b) De desplazarse libremente [...] en el territorio de los Estados miembros;

c) De residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales;

d) De permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos de aplicación establecidos por la Comisión.”²²⁴

106. Por otra parte, del artículo 43 del Tratado se desprende que “quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro”²²⁴.

107. 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, contiene las disposiciones que se indican a continuación sobre la expulsión de extranjeros que sean nacionales de uno de los Estados contratantes:

“Artículo 9. Un Estado Contratante no permitirá la entrada sin un permiso especial a un extranjero que haya sido expulsado de otro Estado Contratante. No obstante, no será necesario dicho permiso si un Estado que haya expulsado a un extranjero desea expulsarlo a través de otro Estado nórdico.

Si un extranjero que haya sido expulsado de un Estado nórdico tiene un permiso de residencia en otro Estado nórdico, ese Estado está obligado a acogerlo cuando así se lo solicite.

a la transferencia del control de quienes atraviesan las fronteras externas del territorio del Benelux, 1960 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 374, pág. 3)].

²²² Véase Ian Brownlie, *op. cit.*, pág. 498 (el autor cita un tratado de 1948 entre los Estados Unidos e Italia); Rainer Arnold, *op. cit.*, pág. 104.

²²³ Karl Doehring, “Aliens, Admission”, *op. cit.*, págs. 108 y 109.

²²⁴ Versión consolidada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C 325/33, 24 de diciembre de 2002, artículos 39 y 43.

Artículo 10. Los Estados Contratantes aceptarán la devolución de un extranjero al que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6 a), 6 b), en lo que respecta a la obtención de un permiso de entrada, y 6 f), el Estado interesado debería haber denegado la entrada en su frontera exterior y que hubiera viajado sin permiso desde ese Estado a otro Estado nórdico.

Asimismo, se aceptará la devolución de un extranjero que haya viajado directamente desde un Estado nórdico a otro sin un pasaporte válido o un permiso especial, si fueran necesarios.

Lo antedicho no se aplicará a los extranjeros que hayan residido en el Estado que desee devolverlos durante al menos un año desde la fecha de su entrada ilegal en dicho Estado ni a quienes, tras haber entrado ilegalmente, hayan obtenido un permiso de residencia o de trabajo en el Estado en que se encuentren.

[...]

Artículo 12. Las disposiciones de este Convenio relativas a los extranjeros expulsados se aplicarán también a los extranjeros que, con arreglo a la legislación finlandesa o sueca, hayan sido rechazados o expulsados de conformidad con lo dispuesto en dicha legislación, sin un permiso especial para retornar.”²²⁵

f) Estados que prestan su consentimiento y otros Estados

108. La legislación nacional de algunos Estados²²⁶ prevé la expulsión de los extranjeros a Estados que prestan su consentimiento y a otros Estados. Un Estado puede devolver a un extranjero a cualquier Estado²²⁷, a un Estado que lo acepte o a uno en que el extranjero tenga derecho a entrar²²⁸. Un Estado puede ofrecer dicho destino cuando el extranjero pueda ser perseguido en el Estado de destino original²²⁹ o cuando tenga la condición de protegido en el Estado expulsor y el Estado de destino original haya denegado su solicitud de asilo²³⁰. Un Estado puede determinar este destino como opción principal alternativa²³¹, opción secundaria alternativa²³² o como opción de último recurso²³³.

²²⁵ Convenio entre Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia relativo a la supresión del control de pasaportes en las fronteras entre los países nórdicos, Copenhague, 12 de julio de 1957, Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 322, núm. 4660, pág. 290.

²²⁶ El análisis de las legislaciones nacionales que figura a continuación procede del *Memorando de la Secretaría sobre la expulsión de extranjeros*, op. cit., párr. 523.

²²⁷ Canadá, Ley de 2001, art. 115 3); Suecia, Ley núm. 529 de 1989, art. 8.5; Suiza, Orden de 1999, art. 9.

²²⁸ Brasil, Ley de 1980, art. 57; Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, arts. 241 b) 1) C) iv), 2) E) vii) y 507 b) 2) B); Guatemala, Decreto-Ley de 1986, art. 88; Honduras, Ley de 2003, art. 3 23); Kenya, Ley de 1967, art. 8 2) a); Lituania, Ley de 2004, art. 129 1); Nigeria, Ley de 1960, art. 22 1); Panamá, Decreto-Ley de 1960, art. 59; Paraguay, Ley de 1996, art. 78; Portugal, Decreto-Ley de 1998, arts. 21 1) y 104 3).

²²⁹ Belarús, Ley de 1998, art. 33; Portugal, Decreto-Ley de 1998, art. 104 3).

²³⁰ Canadá, Ley de 2001, art. 115 3).

²³¹ Brasil, Ley de 1980, art. 57; Guatemala, Ley de 1986, art. 88; Honduras, Ley de 2003, art. 3 23); Kenya, Ley de 1967, art. 8 2) a); Lituania, Ley de 2004, art. 129 1); Panamá, Decreto-Ley de 1960, art. 59; Paraguay, Ley de 1996, art. 78; Suiza, Orden de 1999, art. 9. Un Estado puede: 1) requerir el consentimiento del extranjero para devolverlo al Estado de destino elegido (Kenya, Ley de 1976, art. 8 2) a); 2) dejar la elección a criterio del Ministro competente (Nigeria, Ley de

109. El derecho de un Estado a decidir si permite la entrada de extranjeros en su territorio está en consonancia con los principios de igualdad soberana e independencia política de los Estados, que se reconocen en los párrafos 1 y 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. R. Jennings y A. Watts escriben: “Con arreglo al derecho internacional consuetudinario ningún Estado puede exigir que sus nacionales tengan derecho a entrar y residir en el territorio de un Estado extranjero. La acogida de extranjeros es una cuestión discrecional y, en razón de su supremacía territorial, todo Estado es competente para excluir a los extranjeros de todo su territorio o de parte de él”²³⁴. Posteriormente añaden: “Dado que un Estado no tiene por qué admitir extranjeros, puede acceder a ello solo si se cumplen determinadas condiciones”²³⁵. Por tanto, un Estado no está obligado a admitir extranjeros en su territorio a menos que haya contraído obligaciones al respecto en virtud de ciertos tratados²³⁶, como los relativos a los derechos humanos o la integración económica²³⁷.

110. El derecho de un Estado a decidir si admite o no a un extranjero está reconocido en términos generales en el artículo I de la Convención de la Organización de los Estados Americanos sobre Asilo Territorial, que dispone: “Todo Estado tiene derecho, en ejercicio de su soberanía, a admitir dentro de su territorio a las personas que juzgue conveniente, sin que por el ejercicio de este derecho ningún otro Estado pueda hacer reclamo alguno”²³⁸. Por otra parte, la Convención interamericana sobre la condición de los extranjeros, adoptada en la VI Conferencia Internacional Americana y firmada en La Habana el 20 de febrero de 1928, reconoce que todos los Estados tienen el derecho de establecer las condiciones de entrada de los extranjeros en sus territorios²³⁹. Partiendo de esa base, como se ha observado anteriormente, el Tribunal Arbitral reconoció expresamente, en el caso *Ben Tillett*, el derecho que asiste a un Estado de denegar la entrada a un extranjero que, sobre la base de una apreciación soberana de los hechos, parezca representar una amenaza para la seguridad nacional²⁴⁰.

1963, art. 22 1); Panamá, Decreto-Ley de 1960, art. 59; Paraguay, Ley de 1996, art. 78); o 3) no especificar a quién corresponde la elección (Brasil, Ley de 1980, art. 57; Guatemala, Decreto-Ley de 1986, art. 88; Honduras, Ley de 2003, art. 3 23); Lituania, Ley de 2004, art. 129 1); Suiza, Orden de 1999, art. 9).

²³² Portugal, Decreto-Ley de 1998, art. 21 1), en el que no se especifica a quién corresponde la elección.

²³³ Canadá, Ley de 2001, art. 115 3); Estados Unidos, Ley de inmigración y nacionalidad, art. 241 b) 1) C) iv), 2) E) vii); Suecia, Ley de 1989, art. 8.5.

²³⁴ Robert Jennings y A. Watts, *op. cit.*, págs. 897 y 898.

²³⁵ *Ibid.*, pág. 899.

²³⁶ Véase *Ekiu v. U.S.*, 142 U.S. 651 (1892); E. Vattel, *Le droit des gens*, 1758, libro II, secc. 94; Shigeru Oda, *op. cit.*, pág. 481; Ian Brownlie, *op. cit.*, pág. 498; Green Haywood Hackworth, *op. cit.*, pág. 717. Véase también Hurst Hannum, *op. cit.*, pág. 61; Hans Kelsen, *op. cit.*, pág. 366; Louis B. Sohn y T. Buergenthal, *op. cit.*, pág. 46.

²³⁷ Véase Hélène Lambert, *op. cit.*, pág. 11.

²³⁸ Convención sobre Asilo Territorial, Caracas, 28 de marzo de 1954, Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1438, núm. 24378, pág. 127.

²³⁹ Artículo 1: “Los Estados tienen el derecho de establecer por medio de leyes las condiciones de entrada y residencia de los extranjeros en sus territorios”. Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CXXXII, 1932-1933, núm. 3045, pág. 306.

²⁴⁰ Caso *Ben Tillett (Royaume-Uni c. Belgique)*, laudo arbitral de 26 de diciembre de 1898, en G. Fr. de Martens, *Nouveau Recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit*

111. En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado, en la causa *Moustaquim*, que el derecho de un Estado a pronunciarse sobre la entrada de extranjeros es un principio arraigado del derecho internacional: “[...] la preocupación de los Estados contratantes por mantener el orden público, en particular mediante el ejercicio de su facultad, de honda raigambre en el derecho internacional y con sujeción a las obligaciones contraídas en virtud de tratados, de controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros”²⁴¹.

112. En el plano del derecho interno, ya en 1891 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos sostenía que todas las naciones soberanas tenían la potestad de decidir si admitían extranjeros, y en qué condiciones, con arreglo al derecho internacional: “Es una máxima aceptada del derecho internacional que todo Estado soberano tiene la potestad, inherente a su soberanía y esencial para su supervivencia, de prohibir la entrada de extranjeros en sus dominios o de admitirlos únicamente con arreglo a las condiciones y en los casos que considere oportunos”²⁴². En el mismo orden de ideas, en 1906, en la causa *Attorney-General for Canada v. Cain*, el Comité Judicial del Consejo Privado (predecesor del Tribunal Supremo del Canadá) reconoció el derecho de un Estado a decidir si admite extranjeros, incluidos los nacionales de Estados amigos: “Uno de los derechos que se derivan de la potestad suprema de que goza todo Estado es el derecho a denegar a un extranjero el permiso para entrar en dicho Estado, a establecer las condiciones que considere oportunas para conceder dicho permiso de entrada, y a expulsar o deportar del Estado, a discreción, incluso a un extranjero nacional de un Estado amigo, especialmente si considera que su presencia en el Estado es contraria a la paz, el orden público y el buen gobierno, o a sus intereses sociales o materiales”²⁴³.

D. Expulsión del extranjero a un Estado que no tiene la obligación de admitirlo

113. El retorno supone que el país de remisión acepte la entrada del expulsado en su territorio. Se admite que el extranjero debe ser enviado con carácter prioritario a su país de origen. Sin embargo, cuando la expulsión del extranjero a “su propio país” no es posible por ser demasiado arriesgada para su vida o su integridad física, o porque las autoridades de ese país se oponen a readmitirlo, debe ser enviado a un tercer Estado. En tal caso, el Estado expulsor debe asegurarse de que el Estado al que se expulsa el extranjero lo acepte y de que la persona expulsada no sufrirá malos tratos.

international, segunda serie, t. XXIX, Leipzig, Librairie Dieterich Theodor Weicher, 1903, pág. 269.

²⁴¹ Causa *Moustaquim c. Belgique*, *op. cit.*, párr. 43. Véanse también las causas *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, párr. 102; *Chahal c. Royaume-Uni*, párr. 73; *Ahmed c. Autriche*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 17 de diciembre de 1996, demanda núm. 25964/94, párr. 38; *Bouchelkia c. France*, *op. cit.*, párr. 48; y *H. L. R. c. France*, *op. cit.*, párr. 33.

²⁴² *Nishimura Ekiu v. United States et al.*, *op. cit.* (se omiten las citas). Véase también *Chae Chan Ping v. United States*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 13 de mayo de 1889, 130 U.S. 581, 603, 604 (“La jurisdicción sobre su propio territorio a tal efecto [el de excluir a extranjeros] es un atributo de toda nación independiente. Forma parte de su independencia. Si no pudiera excluir a los extranjeros estaría sujeta al control de otra potencia”).

²⁴³ [1906] A.C. 542, pág. 546.

114. Hay diferentes opiniones sobre si un Estado incurre en responsabilidad por un hecho internacionalmente ilícito al expulsar a un extranjero a un Estado que no tiene la obligación de recibirlo ni ha aceptado hacerlo. Se ha considerado que el amplio margen de discrecionalidad del Estado que expulsa a la hora de determinar el destino de la persona expulsada no es incompatible con el derecho del Estado que recibe a negarse a admitir a dicha persona si no tiene la obligación de hacerlo²⁴⁴: “El amplio margen de discrecionalidad de que gozan las autoridades nacionales en modo alguno es incompatible con el principio general según el cual un extranjero no puede ser deportado a un Estado distinto del de su nacionalidad en contra de la voluntad de dicho Estado. En efecto, no es raro que las autoridades nacionales, haciendo uso de una facultad claramente contemplada en el derecho nacional, expulsen a un extranjero a un tercer Estado en el que, a su vez, las autoridades nacionales ejerzan la facultad, también claramente recogida en el derecho interno, de devolverlo al lugar de donde viene”. Es más, se ha llegado a sugerir que el Estado que expulsa no viola el derecho internacional al expulsar al extranjero a un Estado que no tiene la obligación de recibir a esa persona, dado que el Estado que recibe aún puede ejercer su derecho a denegar la entrada del extranjero²⁴⁵. A este respecto, Richard Plender añade: “En circunstancias normales, la expulsión de un extranjero a un país que no está dispuesto a admitirlo y que no tiene la obligación de hacerlo no genera responsabilidad internacional alguna, ya sea respecto del Estado al que se expulsa o respecto de cualquier Estado que tenga interés (en virtud de un tratado o por otros motivos) en preservar los derechos fundamentales del extranjero”. A su juicio, la expulsión reiterada de un extranjero a Estados que no están dispuestos a aceptarlo puede suponer el incumplimiento de las obligaciones específicas contraídas por el Estado que expulsa en una convención para la protección de los derechos humanos. En particular, dicha expulsión violaría la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados si el extranjero en cuestión “es un refugiado y es devuelto, por cualquier forma que sea, a las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligran por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”.

115. No obstante, en sentido contrario, se ha considerado que tal conducta del Estado que expulsa es incompatible con la regla general según la cual un Estado no tiene la obligación de admitir a extranjeros en su territorio. Según D. P. O’Connell, “un Estado no puede limitarse a conducir al extranjero a su frontera y arrojarlo al otro lado sin incurrir en responsabilidad respecto del Estado al que se expulsa al extranjero por la fuerza. Por tanto, solo puede deportarlo a un país que esté dispuesto a recibirlo o al país de su nacionalidad”²⁴⁶. Incluso se ha estimado que “la expulsión que causa pérdida concreta al Estado nacional que recibe a grupos sin aviso suficiente constituiría un motivo para reclamar indemnización como privilegio incompleto”²⁴⁷. El propio Richard Plender llega a la siguiente conclusión: “De la premisa según la cual por regla general un Estado no está obligado a admitir a extranjeros en su territorio se desprende que, en principio, el Estado no puede expulsar a un extranjero a un país distinto del de su nacionalidad, salvo que el Estado de destino acepte admitirlo”²⁴⁸.

²⁴⁴ Richard Plender, *op. cit.*, pág. 468.

²⁴⁵ *Ibid.*, pág. 469.

²⁴⁶ D. P. O’Connell, *op. cit.*, pág. 710.

²⁴⁷ I. Brownlie, *op. cit.*, pág. 499.

²⁴⁸ Richard Plender, *op. cit.*, pág. 468.

116. Estas posiciones doctrinales se basan en la norma indiscutible del derecho internacional de que el establecimiento de las condiciones de entrada y permanencia en el territorio de un Estado entra dentro de las facultades soberanas de ese Estado. Imponer a un Estado la admisión contra su voluntad de un extranjero constituiría, como se ha observado, un atentado a su soberanía y su independencia política. Esta norma, que se desprende en particular del principio de soberanía territorial y del conjunto de los análisis precedentes sobre el Estado de destino, sirve de base para proponer el proyecto de artículo que figura a continuación, que entra sin duda alguna dentro del ámbito de la codificación:

Proyecto de artículo E1. Estado de destino del extranjero expulsado

- 1. El extranjero objeto de expulsión será expulsado a su Estado de nacionalidad.**
- 2. Si el Estado de nacionalidad no está identificado, o existe el riesgo de que el extranjero objeto de expulsión sea sometido a tortura o tratos inhumanos y degradantes en ese Estado, será expulsado al Estado de residencia, el Estado de expedición del pasaporte o el Estado de embarque, o a cualquier otro Estado que acepte acogerlo, bien en virtud de un compromiso convencional, bien a solicitud del Estado que expulsa o, en su caso, del interesado.**
- 3. Un extranjero no podrá ser expulsado a un Estado que no haya consentido admitirlo en su territorio o que se haya opuesto a su admisión, a no ser que el Estado en cuestión sea el Estado de nacionalidad del extranjero.**

E. Estado de tránsito

117. En general, se otorga prioridad al retorno directo, sin escalas en puertos o aeropuertos de tránsito de otros Estados. Sin embargo, el retorno de personas en situación de estancia irregular puede exigir el tránsito por aeropuertos de ciertos Estados para realizar la conexión con el tercer Estado de destino²⁴⁹. Por consiguiente, parece útil configurar un marco jurídico para este tipo de procedimientos. Ese marco podría establecerse a través de acuerdos bilaterales o mediante un instrumento jurídico multilateral. En cualquier caso, su elaboración excede el ámbito del presente tema.

118. Por el contrario, dado que se ha planteado el principio de la protección de los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión, procede en este punto afirmar de manera expresa que las normas de protección de los derechos del extranjero en el Estado que expulsa se aplican mutatis mutandis en el Estado de tránsito. Por consiguiente, resulta adecuado proponer el proyecto de artículo siguiente:

²⁴⁹ Punto 3.3 del Libro verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales, Comisión Europea, 10 de abril de 2002, COM(2002) 175 final.

Proyecto de artículo F1. Protección de los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión en el Estado de tránsito

Las normas aplicables en el Estado que expulsa a la protección de los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión se aplicarán igualmente en el Estado de tránsito.

Tercera parte
Consecuencias jurídicas de la expulsión

VI. Derechos del extranjero expulsado

A. Protección del derecho de propiedad y otros intereses análogos del extranjero expulsado

1. Prohibición de la expulsión con fines de confiscación

119. Algunos autores se refieren a prácticas de expulsión dirigidas explícitamente a la confiscación de los bienes de extranjeros objeto de una decisión de expulsión. Observan, por ejemplo, que en Alemania se alegaron en el pasado pretextos económicos para justificar determinadas expulsiones²⁵⁰. Baviera fue al parecer el estado que llegó más lejos en ese sentido, pues de 1919 a 1921 los dirigentes bávaros decretaron diversas expulsiones de extranjeros que afectaron a judíos. En 1923 von Kahr, investido de plenos poderes por el gobierno bávaro, puso en marcha la oleada de expulsiones más espectacular de la época de Weimar. Fueron expulsados judíos extranjeros, pero también otros originarios de los estados de Baden y de Prusia. Simultáneamente a la notificación de expulsión se ordenaba la incautación de la vivienda y, en su caso, de la empresa de los expulsados. Según las instrucciones dadas por von Kahr al Ministerio del Interior, “un comportamiento perjudicial para la vida económica es razón suficiente para proceder a la expulsión de extranjeros. Si se dicta una orden de expulsión contra el cabeza de familia, esa medida debe extenderse a los miembros de su familia que vivan en su hogar [...] los apartamentos y viviendas de los extranjeros expulsados se consideran incautados”²⁵¹.

120. Después de la segunda guerra mundial se planteó en algunos estados occidentales la cuestión de los bienes de los alemanes expulsados por los nazis. En Checoslovaquia se promulgaron al respecto varios decretos presidenciales, los denominados “decretos Beneš”, de 21 de junio de 1945, entre ellos el Decreto núm. 12 sobre “la confiscación y el reparto acelerados de los bienes agrícolas y las tierras de los alemanes y de los magiares, así como de los traidores y enemigos del pueblo checo y del pueblo eslovaco”. Ese decreto se refería, pues, a la expropiación de las tierras agrícolas pertenecientes a los alemanes y a los húngaros. Estaban exentas de su aplicación las personas de nacionalidad alemana o húngara “que hubieran participado activamente en la lucha por la preservación de la integridad y la

²⁵⁰ F. P. Weber, “Expulsion: genèse et pratique d’un contrôle en Allemagne”, *Cultures et Conflits*, núm. 23, 1996, págs. 107 a 153.

²⁵¹ R. Pommerin, “Die Ausweisungen von ‘Ostjuden’ aus Bayern 1923”, citado por F. P. Weber, *ibid.*

liberación de la República Checoslovaca”²⁵². Ese decreto trataba de la expropiación sin referirse explícitamente a la cuestión de la expulsión de los alemanes propietarios de esas tierras. Serían los acuerdos de Potsdam, firmados el 2 de agosto de 1945 por el Reino Unido (Attlee), los Estados Unidos (Truman) y la Unión Soviética (Stalin) los que legitimarían las expulsiones y los traslados a Alemania de poblaciones alemanas. El párrafo 3 del artículo XIII de esos acuerdos, referente al traslado de las poblaciones alemanas de Europa oriental, disponía lo siguiente: “Examinada la cuestión en todos sus aspectos, los tres gobiernos concluyeron que debía procederse al traslado a Alemania de las poblaciones alemanas o las partes de estas que hubieran quedado en Polonia, en Checoslovaquia y en Hungría. Convinieron en que ese traslado debía llevarse a cabo en forma ordenada y humana”. Los desplazamientos de población —éxodos y expulsiones— habían comenzado de hecho con la liberación de los territorios ocupados por los nazis y el avance hacia el oeste del ejército soviético.

121. En virtud de una Convención multilateral “sobre la resolución de las cuestiones relacionadas con la guerra y la ocupación”, firmada en Bonn el 26 de mayo de 1952²⁵³, Alemania se comprometió a no oponer objeciones en el futuro a las medidas que se hubieran adoptado o se adoptaran en relación con los bienes y las propiedades alemanas en el extranjero confiscadas a título de reparaciones de guerra o indemnizaciones o como consecuencia del estado de guerra o sobre la base de acuerdos que hubieran concertado o concertaran las tres potencias con países aliados o neutrales o antiguos aliados de Alemania. El párrafo 3 del artículo 3 estipula que “no es admisible reivindicación ni acción alguna contra las personas que hayan adquirido esos bienes o hayan sido beneficiarias de un traspaso de propiedad con arreglo a las medidas mencionadas en los párrafos 1 y 2 del presente artículo, ni contra organizaciones internacionales, gobiernos extranjeros o personas que hayan actuado siguiendo instrucciones de esas organizaciones o esos gobiernos”. Por último, el artículo 5 estipula que “corresponderá a la RFA [República Federal de Alemania] velar por que los antiguos propietarios de los bienes confiscados de conformidad con las medidas mencionadas en los artículos 2 y 3 de ese capítulo reciban indemnizaciones”²⁵⁴.

122. En los años cincuenta, la asociación de los alemanes de los Sudetes, *Sudetendeutsche Landsmannschaft*, formuló en la RFA demandas de restitución de los bienes confiscados y de indemnización por los daños sufridos a raíz de las expulsiones. Esas demandas apenas si se han modificado desde entonces, pero el contexto posterior a la guerra fría les ha dado nuevo impulso:

²⁵² Véase A. Bazin, “Les décrets Beneš et l’intégration de la République tchèque dans l’Union européenne”, *Questions d’Europe*, núm. 59, 22 de septiembre de 2002.

²⁵³ La Convención sigue actualmente en vigor.

²⁵⁴ En la RFA se votó el 16 de mayo de 1952 una “Ley de compensación” (*Lastenausgleichsgesetz*) que permitió a los expulsados recibir del Gobierno de la República Federal una indemnización por los daños y perjuicios sufridos a raíz del desplazamiento. El monto total de las indemnizaciones pagadas a los alemanes expulsados de los territorios de Europa oriental al término de la guerra se estima en 146.000 millones de marcos alemanes. En la República Democrática Alemana (RDA) no se reconoció a los “refugiados” un estatuto especial, y el Gobierno comunista no introdujo indemnizaciones como las previstas en la “Ley de compensación” para prestar ayuda a los expulsados instalados en la RDA. Tras la reunificación, sin embargo, esas personas o sus descendientes recibieron del Gobierno alemán una suma de dinero en virtud de la *Lastenausgleichsgesetz*.

- Reivindicación para los alemanes expulsados de un *Heimatrecht*, es decir, de un derecho a regresar que les permita establecerse en la República Checa, obtener automáticamente la ciudadanía checa y gozar en la República Checa de los derechos específicos otorgados a las minorías nacionales. Desde ese punto de vista, la integración de la República Checa en la Unión Europea y la aplicación en ese marco del derecho de residencia para todos los ciudadanos de la Unión no responden sino parcialmente a esa reivindicación, pues no garantizan a los nuevos residentes derechos “diferentes” a los de los demás habitantes del lugar;
- Demanda de restitución de los bienes expropiados y de indemnización por los daños sufridos a raíz de la expulsión;
- Demanda de abrogación de los decretos Beneš para los alemanes de Checoslovaquia²⁵⁵.

123. A partir de 1989, los sucesivos gobiernos alemanes se han negado al parecer a respaldar oficialmente las reivindicaciones de los alemanes de los Sudetes. El Canciller Schröder expuso con claridad la posición del Gobierno socialdemócrata en un discurso pronunciado en Berlín el 3 de septiembre de 2000 ante la asamblea de los *Vertriebenen* (expulsados) con ocasión del Congreso de la *Heimat* (patria). Aun reconociendo el carácter “injusto e injustificable” de toda forma de expulsión, el Canciller recordó que Alemania no tenía “ninguna reivindicación territorial frente a ninguno de sus vecinos” y que el Gobierno no plantearía ante la República Checa ninguna cuestión relacionada con propiedades, y añadió que “algunas medidas adoptadas después de la segunda guerra mundial, como los decretos Beneš, habían dejado de tener validez”. Aunque a principios de 2002 el Canciller Schröder decidiera aplazar una visita oficial prevista a la República Checa, en general ese asunto parece haberse percibido a escala federal en Alemania como una cuestión de importancia marginal frente a las de la reunificación o las relaciones de Alemania con Europa oriental. Según un autor, las asociaciones de expulsados están lejos de concitar las simpatías de la mayoría de la opinión alemana, que les atribuye nostalgia de un pasado de la que precisamente esa mayoría quería dissociarse²⁵⁶.

124. También en contextos diferentes de un conflicto internacional como la segunda guerra mundial se han dado casos de “expulsión confiscatoria” en los que las autoridades de un país han expulsado a extranjeros para despojarlos ilegalmente de sus bienes. Así ocurrió en la causa *Notteböhm*²⁵⁷ y en los casos de la expulsión de los asiáticos de Uganda²⁵⁸ y de los ciudadanos británicos de Egipto²⁵⁹. La legalidad de esas expulsiones se ha cuestionado por la inexistencia de un motivo válido de expulsión²⁶⁰ y desde el punto de vista de los derechos humanos relacionados con los intereses patrimoniales, como se explica a continuación.

²⁵⁵ A. Bazin, “Les décrets Beneš et l’intégration de la République tchèque dans l’Union européenne”, *op. cit.*, pág. 4.

²⁵⁶ *Ibid.* Cabe observar que, según parece, los decretos Beneš siguen siendo válidos en la medida en que nunca fueron formalmente derogados, aunque parecen haber caído en desuso, puesto que ya no se aplican.

²⁵⁷ Véase información detallada al respecto en G. S. Goodwin-Gill, *op. cit.*, pág. 211.

²⁵⁸ *Ibid.*, págs. 212 a 216.

²⁵⁹ *Ibid.*, pág. 216.

²⁶⁰ Véase Louis B. Sohn y R. R. Baxter, “Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens”, *American Journal of International Law*, vol. 55, 1961, pág. 566, en el que

2. Protección de los bienes de los extranjeros, aun de los que hayan sido expulsados regularmente

125. Los extranjeros que, habiendo vivido en un Estado y trabajado regularmente en él, son objeto de una medida de expulsión, disponen por lo general de un patrimonio que es necesario proteger en el contexto de la expulsión. La expulsión debe ser conforme a las normas de derecho internacional que rigen los derechos de propiedad y otros intereses económicos de los extranjeros, y no puede privar a los afectados del derecho de disponer y disfrutar de esos bienes. El párrafo 2 del artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos estipula que “nadie podrá ser privado arbitrariamente de su propiedad”. La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares dispone en su artículo 22 que:

“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.

[...]

9. La expulsión del Estado de empleo no menoscabará por sí sola ninguno de los derechos que haya adquirido de acuerdo 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.”

126. En el ámbito regional, el artículo 14 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos dispone lo siguiente:

“Está 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.”

127. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) dispone en su artículo 21, referente al derecho a la propiedad, que:

“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;

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre deben ser prohibidas por la ley.”

se hace referencia al Proyecto de convención sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a los extranjeros, y en particular a los artículos 10 (Expropiación y privación del uso o goce de bienes) y 11 (Privación de medios de vida), redactados por los autores. Conviene señalar asimismo el apartado b) del párrafo 2 del artículo 11 del Proyecto de convención, redactado en 1969 por la Harvard Law School, que prohíbe toda expulsión dirigida a privar a un extranjero de sus medios de vida. Ese documento se reproduce en el primer informe sobre la responsabilidad del Estado presentado por el Sr. Roberto Ago, Relator Especial, 1961, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1969, vol. II (A/CN.4/217), anexo VII, pág. 130.

128. El artículo 1 del Protocolo núm. 1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos garantiza en sustancia el derecho a la propiedad. La protección otorgada por esa disposición es aplicable no solo cuando es el propio Estado el que se apropia de los bienes, sino también cuando la privación sufrida por un particular es el resultado de una cesión forzosa a solicitud y en beneficio de otro particular en las condiciones establecidas por la ley.

129. Puede constituir expulsión ilegal la expulsión de un extranjero que conlleve confiscación ilegal²⁶¹, destrucción o expropiación²⁶², “las expulsiones sumarias en las que las víctimas han sido obligadas a renunciar a sus bienes, entregándolos así al pillaje o a la destrucción, o a liquidarlos”²⁶³.

130. La privación ilegal de bienes puede constituir el fin inconfesado de la expulsión. “Por ejemplo, ‘el derecho’ de expulsión puede ejercerse [...] para expropiar los bienes del extranjero [...] En ese caso, el ejercicio de esa facultad está fuertemente viciado por ese fin último ilegal que se persigue”²⁶⁴. A ese respecto conviene recordar la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, aprobada por la Asamblea General en 1985, en la que se estipula que “ningún extranjero será privado arbitrariamente de sus bienes legítimamente adquiridos”²⁶⁵.

131. Algunas legislaciones nacionales²⁶⁶ protegen los intereses patrimoniales y económicos de los extranjeros en caso de expulsión al estipular expresamente: i) que la expulsión no menoscaba los derechos adquiridos por el extranjero de conformidad con la legislación interna, en particular el derecho a un salario u otras prestaciones²⁶⁷; o ii) que las contribuciones y prestaciones sociales vinculadas al trabajo deben ser transferidas a su país de procedencia²⁶⁸.

²⁶¹ “Es ilegal toda imposición que adopte la forma de confiscación. Es razonable concluir asimismo que es ilegal toda expulsión acompañada de confiscación”, Guy S. Goodwin-Gill, *op. cit.*, 1978, pág. 217.

²⁶² “Según el caso *Hollander*, un extranjero no puede ser expulsado sin haber tenido la posibilidad de adoptar disposiciones en interés de su familia y de sus asuntos [...] No cabe al parecer concluir a la luz del caso *Hollander* que exista una norma de derecho internacional consuetudinario que prohíba la expropiación de los bienes de las personas expulsadas ni la anulación retroactiva de las disposiciones adoptadas por esas personas respecto de sus bienes”. Vishnu D. Sharma y F. Wooldridge, *op. cit.*, pág. 412 (en relación con el caso *Hollander US v. Guatemala*, IV Moore’s Digest 102).

²⁶³ Edwin M. Borchard, *op. cit.*, págs. 59 y 60. Todas esas formas de expulsión “dan derecho a indemnización, en opinión de comisiones internacionales” (el autor se remite a *Gardiner (US) v. Mexico*, 3 de marzo de 1849, opinión 269; *Jobson (US) v. Mexico*, 3 marzo de 1849, opinión 553; *Gowen and Copeland (US) v. Venezuela*, 5 de diciembre de 1885, Moore’s Arb. 3354 a 3359). Véase, en el mismo sentido, B. O. Iluyomade, *op. cit.*, págs. 47 a 92; véase asimismo Karl Doehring, “Aliens, Expulsion and Deportation”, en Rudolf Bernhardt (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law*, 1990, vol. 1, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, 1992, págs. 109 a 112, en especial pág. 111.

²⁶⁴ Guy S. Goodwin-Gill, *op. cit.*, pág. 209; véanse también págs. 216, 307 y 308.

²⁶⁵ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Suplemento núm. 53 (A/40/53)*, resolución 40/144, anexo, art. 9.

²⁶⁶ Análisis procedentes del *Memorando de la Secretaría sobre la expulsión de extranjeros, op. cit.*, párr. 481.

²⁶⁷ Argentina, Ley de 2004, art. 67.

²⁶⁸ Italia, Decreto-Ley de 1996, art. 5.

132. Otras legislaciones nacionales obligan al Estado a pagar una indemnización por los bienes que adquiriera como resultado de la expulsión de un extranjero o que rebasen el monto debido al Estado o, en su defecto, un monto razonable determinado por una jurisdicción competente²⁶⁹. Como garantía del pago de las deudas que los extranjeros hayan contraído o puedan contraer, el Estado puede embargar los bienes de los extranjeros, ya sea unilateralmente por el tiempo que la ley autorice²⁷⁰ o por decisión judicial²⁷¹. El Estado puede autorizar a sus funcionarios a buscar, embargar y retener objetos de valor de los extranjeros hasta que se determinen las responsabilidades financieras del extranjero y se cancelen las deudas pendientes²⁷². El Estado puede asimismo permitir la incautación²⁷³, la enajenación²⁷⁴ o la destrucción²⁷⁵ de los bienes confiscados.

3. Derechos de propiedad y otros intereses análogos

133. Según una parte de la doctrina, debe ofrecerse al extranjero expulsado una posibilidad razonable de proteger los derechos de propiedad y otros intereses que pueda tener en el Estado que expulsa. Ya en 1892 el Instituto de Derecho Internacional adoptó una disposición en la que se preveía que los extranjeros domiciliados, residentes o con un establecimiento comercial en el Estado que expulsa deben tener la posibilidad de liquidar su situación y sus intereses antes de abandonar el territorio de ese Estado:

“La deportación de extranjeros que estén domiciliados, residan o tengan un establecimiento comercial en el territorio solo podrá ordenarse de forma que no defraude la confianza que tuvieran en las leyes del Estado. Deberán gozar de libertad para utilizar, directamente cuando proceda o por medio de un tercero elegido por ellos, cualquier procedimiento jurídico posible para ocuparse de sus asuntos e intereses, incluidos sus bienes y obligaciones, en el territorio.”²⁷⁶

134. Según algunos autores, “salvo en tiempo de guerra o peligro inminente para la seguridad del Estado”, debe concederse al extranjero expulsado tiempo suficiente para arreglar sus asuntos personales. Debe tener una posibilidad razonable de disponer de sus bienes y haberes, y autorización para llevar consigo o transferir dinero y otros activos al país de destino; en ninguna circunstancia debe ser sometido a medidas de expropiación ni obligado a separarse de sus bienes o activos²⁷⁷. Según G. Schwarzenberger, “la expulsión abrupta o la expulsión de manera ofensiva constituye una violación de las normas mínimas de derecho internacional que el Estado de origen puede esperar que se cumplan. Si un Estado elige ejercer su discreción soberana en contravención de esa norma, no está abusando de su soberanía. Simplemente, infringe una norma prohibitiva en cuya virtud se limitan

²⁶⁹ Australia, Ley de 1958, arts. 3 B, 261 H 3) b) ii), 6).

²⁷⁰ *Ibid.*, art. 223 1) a 8).

²⁷¹ *Ibid.*, arts. 222 y 223 9) a 14); y Belarús, Decisión del Consejo de 1999, art. 26.

²⁷² *Ibid.*, arts. 223 14) a 20) y 224.

²⁷³ *Ibid.*, art. 261 B 1) y 2) y D.

²⁷⁴ *Ibid.*, art. 261 F a I y K.

²⁷⁵ *Ibid.*, art. 261 E 1) y 2).

²⁷⁶ *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, *op. cit.*, art. 41.

²⁷⁷ Véase L. B. Sohn y T. Buergenthal (dir. publ.), *op. cit.*, pág. 96. Véase, en el mismo sentido, Shigeru Oda, *op. cit.*, pág. 483.

sus derechos de jurisdicción exclusiva”²⁷⁸. La denegación de esa posibilidad al extranjero abre la vía a reclamaciones internacionales. Así, en el caso *Hollander*, los Estados Unidos pidieron reparación a Guatemala por la expulsión sumaria de un nacional estadounidense, señalando 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”. Alegaron que “con independencia de las facultades que le atribuyen 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 había cometido más de tres años antes [...]”²⁷⁹.

135. Más de un siglo después, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos falló, en el caso *Rankin c. República Islámica del Irán*, que la expulsión era ilegal si privaba al extranjero en cuestión de la posibilidad razonable de proteger sus intereses patrimoniales:

“La aplicación de esta política podría, en términos generales, infringir los requisitos procesales y sustantivos que limitan el derecho de los Estados a expulsar a extranjeros de su territorio, según se desprende de las disposiciones del Tratado de Amistad y del derecho internacional consuetudinario. [...] Por ejemplo, [...] privando al extranjero de una posibilidad razonable de proteger sus intereses patrimoniales antes de su expulsión.”²⁸⁰

136. Esas consideraciones se tienen en cuenta en las leyes nacionales. Estas pueden: i) dar expresamente al extranjero la posibilidad razonable de arreglar antes de su partida del país cualquier reclamación salarial u otra prestación²⁸¹; o ii) prever expresamente la liquidación de los asuntos del extranjero expulsado²⁸². También pueden precisar las medidas que deben adoptarse para garantizar la protección de los bienes del extranjero durante la detención de este en espera de su expulsión²⁸³.

137. En su laudo parcial sobre las reclamaciones civiles de Eritrea, la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía consideró los derechos de propiedad de extranjeros enemigos en tiempo de guerra. La Comisión señaló que las partes estaban de acuerdo con respecto a que seguían siendo aplicables las normas de tiempo de paz que prohibían la expropiación. La Comisión, sin embargo, puso de relieve la pertinencia del *jus in bello* en lo tocante al trato de los bienes de enemigos en

²⁷⁸ Georg Schwarzenberger, *op. cit.*. Véase también Edwin M. Borchard, *op. cit.*, pág. 56 [donde se cita, en particular, el caso *Hollander v. Guatemala* (Foreign Relations, 1895, II, 776)]. Véanse asimismo diversos casos antiguos, de finales del siglo XIX: *Scandella v. Venezuela* en 1898, [*Jobson* (United States) *c. Mexico*, *op. cit.*; *Gowen and Copeland* (United States) *v. Venezuela*, *op. cit.*] y nota 5 [*Maal* (Netherlands) *v. Venezuela*, *op. cit.*; *Boffolo* (Italy) *v. Netherlands*, *op. cit.*; *Jaurett* (United States) *v. Venezuela*, *op. cit.*]. Véase además Amos S. Hershey, *op. cit.*, pág. 375.

²⁷⁹ John Bassett Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been Party*, vol. IV, Washington, D.C., Government Printing Office, 1898, pág. 107. Véase también David John Harris, *Cases and Materials on International Law*, 4ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1991, pág. 503 [donde se cita el caso *Breger* (expulsado de Rodas en 1938, habría bastado probablemente con un aviso previo de seis meses)], carta del Departamento de Estado de los Estados Unidos a un congresista, 1961, 8 Whiteman 861.

²⁸⁰ *Rankin v. The Islamic Republic of Iran*, citado por Karl Doehring, “Aliens, Expulsion and Deportation”, en Rudolf Bernhardt (dir. publ.), *op. cit.*, pág. 147.

²⁸¹ Argentina, Ley de 2004, art. 68.

²⁸² Nigeria, Ley de 1963, art. 47.

²⁸³ Belarús, Decisión del Consejo de 1999, art. 17.

tiempo de guerra. La Comisión examinó la evolución de esta rama del derecho desde finales del siglo XVIII. La Comisión reconoció que los beligerantes tenían amplios poderes para tomar medidas respecto de los bienes de extranjeros enemigos en tiempo de guerra. Sin embargo, la Comisión también reconoció que esos poderes no eran ilimitados. La Comisión determinó que un beligerante tenía el deber de asegurar, en la medida de lo posible, que los bienes de extranjeros enemigos no fueran objeto de despojo ni desperdicio. La Comisión también determinó que la congelación u otras formas de afectación de los bienes privados de extranjeros enemigos en tiempo de guerra debían ser llevadas a cabo por el Estado en condiciones que contemplaran su protección y su eventual devolución a sus propietarios o disposición mediante un acuerdo en el período posbélico.

138. La Comisión señaló que las reclamaciones no se referían al trato de los bienes de enemigos en general, sino al trato de los bienes de extranjeros enemigos que eran objeto de expulsión. Por consiguiente, la Comisión consideró las medidas específicas adoptadas con respecto a los bienes de extranjeros enemigos que eran objeto de expulsión, así como el efecto acumulativo de dichas medidas. La Comisión consideró la sustancia de las medidas para determinar si eran razonables o arbitrarias o discriminatorias. La Comisión también consideró si los procedimientos relativos a dichas medidas cumplían los estándares mínimos de trato justo y razonable necesarios en las circunstancias especiales de tiempo de guerra.

139. Más concretamente, la Comisión examinó en detalle la licitud de: i) el régimen de poderes establecido para la preservación de los bienes; ii) la venta forzosa de bienes inmuebles; iii) las medidas tributarias; iv) la ejecución de préstamos; v) el efecto acumulativo de las diversas medidas adoptadas respecto de los bienes de extranjeros enemigos expulsados. En el contexto de las presentes consideraciones resulta pertinente el conjunto de los párrafos 124 a 129, 133, 135 y 136, 140, 142, 144 a 146, 151 y 152 del laudo. Puesto que esos párrafos no pueden reproducirse íntegramente por su longitud, se resaltarán las principales constataciones y conclusiones de la Comisión sobre este punto. Sostiene la Comisión que “el moderno *jus in bello* contiene importantes protecciones de los bienes de los extranjeros, comenzando con las normas fundamentales de discriminación y proporcionalidad en las operaciones de combate, que protegen las vidas y los bienes”.

140. Las dos partes concuerdan en sus argumentaciones en que “las normas del derecho internacional consuetudinario [...] limitan el derecho del Estado a confiscar bienes extranjeros en tiempo de paz” y “convienen en que seguían siendo de aplicación las normas vigentes en tiempo de paz que prohíben la expropiación”²⁸⁴. Conviene señalar, sin embargo, que los hechos de que se trata se habían producido en su mayor parte en el transcurso de un conflicto armado internacional, por lo que debían ser examinados a la luz del *jus in bello*, cuestión que excede el ámbito del presente estudio, puesto que en muchas cuestiones el tiempo de paz y el tiempo de guerra se rigen por regímenes jurídicos diferentes. “Por ejemplo, con arreglo al *jus in bello*, la destrucción deliberada de bienes de extranjeros en operaciones de combate puede ser perfectamente legal, mientras que una conducta análoga en tiempo de paz generaría responsabilidad del Estado”²⁸⁵. No obstante, algunos

²⁸⁴ Ibid., *Laudo parcial, Mauvais traitement des populations civiles, Réclamations de l'Érythrée* Nos. 15, 16, 23 et 27 à 32, pág. 38, párr. 124.

²⁸⁵ Ibid.

aspectos de la sentencia son esclarecedores incluso a efectos del examen de las normas aplicables a la protección de los bienes de los extranjeros expulsados en tiempo de paz.

141. En el caso en cuestión, “Eritrea no alegó que Etiopía hubiese congelado o expropiado directamente los bienes de los expulsados. En cambio, alegó que Etiopía diseñó y puso en práctica un conjunto de medidas discriminatorias interconectadas para transferir los bienes de los eritreos expulsados a manos etíopes. Entre dichas medidas figuraban las siguientes:

- Impedir que los expulsados tomaran medidas eficaces para preservar sus bienes;
- Forzar la venta de bienes inmuebles;
- Subastar los bienes de los expulsados para pagar tasas e impuestos vencidos;
- Subastar los bienes hipotecados de los expulsados para cobrar los saldos pendientes de los préstamos.

Eritrea afirma que el efecto acumulativo de esas medidas fue dejar a la riqueza privada de los eritreos librada a un saqueo legalizado por parte de los etíopes [...]”²⁸⁶.

142. En lo que respecta a la preservación de los bienes por procuración, la Comisión, aun reconociendo “las enormes tensiones y dificultades a que se vieron sometidas las personas que fueron objeto de expulsión” y que “seguramente hubo pérdidas de bienes relacionadas con el imperfecto otorgamiento o la mala administración de poderes”, señala que “en esas circunstancias de tiempo de guerra, en las cuales está acreditado que Etiopía hizo esfuerzos por crear procedimientos especiales para facilitar el otorgamiento de poderes por parte de los detenidos, las deficiencias del sistema de poderes por sí solas no dan lugar a responsabilidad”²⁸⁷.

143. Respecto de la venta forzosa de bienes inmuebles, la Comisión afirma lo siguiente:

“La prohibición de que los extranjeros sean propietarios de bienes inmuebles no está vedada por el derecho internacional general; numerosos países tienen leyes que la establecen. La Comisión acepta que las personas con doble nacionalidad que fueron privadas de su nacionalidad etíope y expulsadas con arreglo al proceso de examen establecido por Etiopía por razones de seguridad pudieron ser correctamente consideradas como eritreas a los efectos de la aplicación de esa legislación. Además, Etiopía no es internacionalmente responsable por las pérdidas resultantes de que los precios de venta estuviesen deprimidos a causa de las circunstancias económicas generales relacionadas con la guerra u otros factores análogos.

No obstante, la Comisión tiene serias reservas en relación con la manera en que se puso en práctica la prohibición de que los extranjeros fueran propietarios de bienes. De la prueba surge que el Gobierno de Etiopía abrevió el plazo para la venta forzosa de los bienes de los deportados a un solo mes, en lugar de los seis meses aplicables en el caso de los demás extranjeros. Ese plazo no era suficiente para permitir una venta ordenada y beneficiosa, en

²⁸⁶ Ibid., párr. 129.

²⁸⁷ Ibid., párr. 133.

particular para los bienes valiosos o de carácter inusual. Si bien exigir que los nacionales eritreos se desprendiesen de la propiedad de bienes inmuebles no era algo contrario al derecho internacional, Etiopía actuó arbitrariamente, discriminatoriamente y con violación del derecho internacional al limitar drásticamente el plazo de que se disponía para la venta [...]”²⁸⁸

144. Si, en lo referente al “impuesto de ubicación”, la Comisión concluyó que ese gravamen, del 100%, no era un impuesto aplicado con carácter general, sino que solo se aplicaba a determinadas ventas forzosas de bienes de expulsados y que “esa medida tributaria discriminatoria y confiscatoria era contraria al derecho internacional”²⁸⁹, determinó asimismo que “del expediente no surge que las medidas encaminadas a cobrar los préstamos vencidos fueran en sí mismas contrarias al derecho internacional”²⁹⁰. En cambio, en lo referente a la imposición por Etiopía a los expulsados de la obligación de satisfacer sus deudas tributarias, la Comisión considera que el derecho internacional no lo prohíbe, pero “exige que esa obligación les sea impuesta en forma razonable y respetando determinados principios”, lo que en su opinión no había ocurrido. En el caso en cuestión, puesto que las cantidades reclamadas no eran sino estimaciones, los expulsados no tenían ningún medio real de verificarlas o impugnarlas. Además, el plazo entre la notificación de la deuda tributaria y la expulsión era muy corto, y nada garantizaba que los expulsados o sus agentes recibieran a tiempo la notificación. Y, “cuando la recibían, podían verse en la imposibilidad de liquidar sus impuestos como consecuencia de la confiscación de sus activos bancarios y de todas las demás dificultades económicas que padecían. Considerado en su conjunto, ese procedimiento de recaudación fiscal era poco riguroso y arbitrario y no respetaba las normas mínimas de trato justo y razonable exigibles a la luz de las circunstancias”²⁹¹.

145. Tras examinar la incidencia global del conjunto de las medidas aplicadas por Etiopía, la Comisión concluyó que “los beligerantes tienen la obligación de velar, en la medida de lo posible, por que los bienes de las personas protegidas y de otros enemigos no sean objeto de pillaje ni de desperdicio. Si es necesario congelar o aplicar alguna otra medida a los bienes privados de los extranjeros enemigos, esas disposiciones deben ser adoptadas por el Estado, y en condiciones que garanticen que los bienes en cuestión queden protegidos y después de la guerra puedan restituirse sus propietarios o ser objeto de un acuerdo”²⁹².

146. Lo que es válido en tiempo de guerra lo es también, y quizás todavía en mayor medida, en tiempo de paz. Nada justificaría, en efecto, que en tiempo de paz los bienes de las personas expulsadas quedaran abandonados al pillaje y al desperdicio, o no pudieran ser restituidos a sus propietarios cuando estos lo solicitaran. Por consiguiente, cabe considerar como válida tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz la obligación que incumbe a este respecto al Estado que lleva a cabo la expulsión.

147. El laudo de la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía determinó que Etiopía era responsable ante Eritrea por las siguientes violaciones del derecho

²⁸⁸ Ibid., párr. 128.

²⁸⁹ Ibid., párr. 140.

²⁹⁰ Ibid., párr. 142.

²⁹¹ Ibid., párr. 144.

²⁹² Ibid., párr. 151.

internacional derivadas de actos u omisiones de sus funcionarios civiles, personal militar u otras personas de cuya conducta responde:

“11. Haber limitado a un mes el plazo disponible para la venta forzosa de bienes inmuebles de eritreos expulsados;

12. Haber recaudado de modo discriminatorio un ‘impuesto de ubicación’ del 100% sobre el producto de algunas ventas forzosas de bienes inmuebles de eritreos expulsados;

13. Haber aplicado un sistema de cobro de impuestos a los eritreos expulsados que no se ajustaba a los estándares mínimos exigibles de trato justo y razonable; y

14. Haber creado y facilitado una red acumulativa de medidas económicas, algunas de las cuales eran lícitas y otras no, que colectivamente tuvieron como resultado la pérdida de la totalidad o la mayoría de los bienes de eritreos expulsados situados en Etiopía, con violación del deber de Etiopía de asegurar la protección de los bienes de los extranjeros.”²⁹³

148. En el laudo parcial relativo a las reclamaciones civiles de Etiopía, la responsabilidad se invierte, pues corresponde esta vez a Eritrea. La Comisión afirma lo siguiente:

“De la prueba surge que a los etíopes expulsados directamente de los campamentos de detención, cárceles y prisiones de Eritrea después de mayo de 2000 no se les dio oportunidad alguna de reunir los objetos de uso personal que pudieran llevar consigo ni de tomar otras medidas para arreglar sus negocios antes de ser expulsados. Consiguientemente, Eritrea es responsable por esas pérdidas económicas (sufridas por los etíopes directamente expulsados de los campamentos de detención, cárceles y prisiones) resultantes de que no contaron con la oportunidad de cuidar de sus bienes ni arreglar sus negocios antes de ser expulsados.

Sin embargo, a la Comisión le impresionaron las pruebas acumulativas de la indigencia de los etíopes que llegaban de Eritrea, ya sea que hubiesen sido expulsados directamente de los lugares de detención después de mayo de 2000 o no. Si bien ello puede explicarse parcialmente por los empleos de remuneración comparativamente baja que ocupaban muchos de ellos en la comunidad etíope original, la Comisión comprueba que también reflejaba los frecuentes casos en que las autoridades de Eritrea privaban ilícitamente de sus bienes a los etíopes que salían. El expediente contiene numerosos relatos de desalojos forzosos de hogares que posteriormente eran clausurados o saqueados, cuentas bancarias bloqueadas, cierres forzosos de empresas seguidos de confiscación, y lisa y llana incautación de bienes muebles por parte de la policía. La Comisión determina que es responsable por las pérdidas económicas sufridas por los etíopes salientes como consecuencia de la ilícita incautación de sus bienes por las autoridades de Eritrea y de la ilícita injerencia de estas en sus esfuerzos por asegurar sus bienes o disponer de ellos.”²⁹⁴

²⁹³ Ibid.

²⁹⁴ *Laudo parcial, Mauvais traitement des populations civiles, Réclamation de l'Éthiopie No. 5, op. cit.*, párrs. 133 y 135 (en referencia a la Convención IV de La Haya, relativa a las leyes y

149. En el laudo, la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía determinó que Eritrea era responsable por las siguientes violaciones del derecho internacional derivadas de actos u omisiones de sus funcionarios civiles, personal militar u otras personas de cuya conducta responde:

“12. Haber permitido la incautación de los bienes pertenecientes a etíopes que salían de lugares distintos de los campamentos de detención, prisiones y cárceles, y haber obstaculizado por otros medios los esfuerzos de dichos etíopes por asegurar sus bienes o disponer de ellos.”²⁹⁵

150. No cabe duda de que la obligación del Estado que expulsa de proteger los bienes del extranjero expulsado y de garantizarle el acceso a esos bienes está bien establecida en el derecho internacional: la contemplan varios tratados internacionales, la confirma la jurisprudencia internacional, la sostiene unánimemente la doctrina, y la incorporan diversas legislaciones nacionales. Cabe, pues, proponer el siguiente proyecto de artículo:

Proyecto de artículo G1. Protección de los bienes del extranjero objeto de expulsión

- 1. Se prohíbe la expulsión de un extranjero con el fin de confiscar sus bienes.**
- 2. El Estado que expulsa protegerá los bienes del extranjero objeto de expulsión, le permitirá [en la medida de lo posible] disponer libremente de ellos, incluso desde el exterior, y los restituirá a solicitud del interesado o de sus herederos o derechohabientes.**

B. Derecho a regresar en caso de expulsión ilegal

151. En principio, todo extranjero ilegalmente expulsado de un Estado puede solicitar el regreso a ese Estado. En particular, en caso de anulación de la decisión de expulsión, el expulsado debe poder solicitar el ejercicio de ese derecho de regresar al Estado que expulsa, sin que se pueda invocar en su contra la decisión de expulsión. En el caso concreto de los trabajadores migratorios y sus familiares, el párrafo 5 del artículo 22 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 18 de diciembre de 1990, dispone que “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”.

152. En el ámbito regional, el derecho a regresar en caso de expulsión ilegal ha sido reconocido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación con la expulsión arbitraria de un sacerdote extranjero. La Comisión resolvió:

“recomendar al Gobierno de Guatemala: a) que se permita al Padre Carlos Stetter reingresar al territorio de Guatemala y volver a residir en ese país, si así lo deseara; b) que investigue los hechos denunciados y sancione a los

costumbres de la guerra terrestre, y el Reglamento anexo, La Haya, 18 de octubre de 1907, 36 Stat. pág. 2277, 1 Bevans, pág. 631).

²⁹⁵ *Ibid.*, párr. 12.

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.”²⁹⁶

153. Algunas legislaciones nacionales contienen disposiciones similares. El Código sobre la entrada y estancia de extranjeros y el derecho de asilo de Francia dispone en su artículo L. 524-4 que “salvo en caso de amenaza para el orden público, debidamente fundamentada, los extranjeros que residan fuera de Francia y que hayan obtenido la revocación de la medida de expulsión de la que eran objeto podrán acceder a un visado para volver a entrar en Francia si a la fecha de la medida pertenecen, con las reservas previstas en esos artículos, a alguna de las categorías mencionadas en los párrafos 1 a 4 del artículo L. 521-3 y están comprendidos en el ámbito de aplicación de los párrafos 4 ó 6 del artículo L. 313-11 o en el del libro IV. Si han sido condenados en Francia por violencia o amenaza de violencia contra un ascendiente, un cónyuge o un hijo, el derecho al visado queda condicionado a la aprobación de los ascendientes, del cónyuge y de los hijos que vivan en Francia. Las disposiciones del presente artículo solo son aplicables a los extranjeros que hayan sido objeto de una medida de expulsión antes de la entrada en vigor de la Ley núm. 2003-1119 de 26 de noviembre de 2003 relativa al control de la inmigración, la estancia de los extranjeros en Francia y la nacionalidad”. La legislación francesa contempla, pues, el derecho a regresar del extranjero expulsado, pero con algunas restricciones.

154. En su respuesta a la solicitud de información contenida en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 61º período de sesiones y referente, entre otras cosas, a la cuestión de “si una persona expulsada ilegalmente tiene derecho a regresar al Estado autor de la expulsión”, Alemania formuló las siguientes precisiones:

“Esta situación solo es posible en el caso de que la decisión de expulsión aún no sea definitiva y absoluta y haya quedado de manifiesto, durante un procedimiento principal realizado en el extranjero, que la expulsión era ilícita.

Una expulsión definitiva y absoluta (es decir, una expulsión contra la cual el extranjero no interpuso recurso de apelación en el plazo establecido) constituye también un motivo de prohibición de entrada o residencia si es lícita; el derecho a regresar solo existe si los efectos de la expulsión están limitados en el tiempo (lo cual, según la legislación de Alemania, se produce regularmente en virtud de lo dispuesto en el artículo 11, párrafo primero, tercera oración, de la Ley de residencia), ese plazo ha vencido y existen fundamentos jurídicos para el reingreso al país (por ejemplo, la emisión de un visado).

Este principio se aplica siempre a menos que la expulsión sea nula y sin valor, por ejemplo, si contiene un error especialmente grave y manifiesto. Si el recurso de apelación se interpone en el plazo fijado y se resuelve a favor del apelante, la expulsión se revoca. Si el apelante tenía un permiso de residencia

²⁹⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 30/81, caso 73/78 (Guatemala), 25 de junio de 1981, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1980-1981*, OEA/Ser.L/V/II.54, documento 9, rev.1, 16 de octubre de 1981.

que quedó anulado a raíz de la expulsión, podrá reclamarlo, lo cual le permitiría volver a entrar en el país.”²⁹⁷

155. En el mismo sentido, los Países Bajos señalan que, aunque su legislación nacional no contiene disposiciones concretas al respecto, existe un derecho a regresar en caso de expulsión ilegal de un residente legal²⁹⁸.

156. El derecho a regresar del extranjero ilegalmente expulsado se reconoce asimismo en la práctica de Rumania, como indica la respuesta de ese país al cuestionario de la Comisión:

“Si la orden se anula o revoca mediante un procedimiento especial de apelación después de que se haya ejecutado la expulsión, el juez está facultado para decidir sobre el modo de responder a la situación y otorgar la reparación que proceda. En principio, en caso de anulación o revocación de una orden de expulsión, la práctica judicial de Rumania consiste en permitir la entrada del extranjero en el país (la práctica interna pertinente se encuentra en la decisión relativa a la causa *Kordoghliazar c. Rumania*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25 de mayo de 2008).”²⁹⁹

157. La práctica de Malasia parece someter al extranjero expulsado ilegalmente al procedimiento ordinario de admisión previsto en la legislación. En efecto, en su respuesta al cuestionario de la Comisión, Malasia indica que cualquier persona respecto de la cual se haya aprobado una orden de expulsión podrá, con arreglo a la ley y mientras se encuentre todavía en territorio de Malasia, impugnarla ante el Tribunal Superior (*High Court*), en un plazo de 14 días a partir de la fecha en que se le haya notificado esa decisión, invocando su condición de ciudadano o de persona exenta (“*exempted person*”):

“Sin embargo, cuando una persona es desterrada y abandona Malasia no goza del derecho a regresar al país aunque logre la anulación de la orden de expulsión en el plazo de 14 días desde la notificación. La razón para ello es que pasa a aplicársele el artículo 6 de la Ley de inmigración de 1959/63 (Ley núm. 155). En otras palabras, solo se le permitirá entrar en Malasia si posee una autorización o permiso de entrada válido.”³⁰⁰

158. Sería contrario a la lógica misma del derecho de expulsión admitir que un extranjero expulsado por hechos erróneos o por un motivo inexacto, según constatación de los tribunales competentes del Estado autor de la expulsión o de una jurisdicción internacional, no tiene derecho a regresar al territorio de ese Estado sobre la base de una resolución judicial que anule la decisión impugnada. Con ello se privaría de todo efecto jurídico a esa resolución y se legitimaría por ende el carácter arbitrario de la decisión de expulsión. Se trataría, en consecuencia, de una violación del derecho a la justicia de la persona expulsada. De ahí que, en opinión del Relator Especial, la idea del derecho al regreso contenida en el párrafo 5 del

²⁹⁷ Observaciones reproducidas en el documento A/CN.4/628.

²⁹⁸ Véase la respuesta de los Países Bajos a la solicitud de información contenida en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 61º período de sesiones: Misión Permanente del Reino de los Países Bajos ante las Naciones Unidas, Declaración de la Representante de los Países Bajos, Dra. Liesbeth Lijnzaad, Sexta Comisión, sexagésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General, Nueva York, octubre de 2009, anexo.

²⁹⁹ Observaciones reproducidas en el documento A/CN.4/628.

³⁰⁰ *Ibid.*

artículo 22 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, y respaldada por las prácticas nacionales de la mayoría de los Estados que respondieron a ese punto del cuestionario de la Comisión, podría formularse en forma de una norma general en materia de expulsión, aunque solo fuera a título de desarrollo progresivo del derecho internacional sobre ese asunto.

159. Cabe, pues, proponer el siguiente proyecto de artículo:

Proyecto de artículo H1. Derecho a regresar al Estado que expulsa

Todo extranjero expulsado por un motivo erróneo o en violación de la ley o del derecho internacional tendrá derecho a regresar al Estado que lo haya expulsado sobre la base del acto de anulación de la decisión de expulsión, a menos que su regreso constituya una amenaza para el orden público o la seguridad pública.

160. Conviene observar, en relación con esa propuesta, que no todos los motivos de anulación de la decisión de expulsión otorgan el derecho a regresar. No genera tal derecho, por ejemplo, la anulación por un mero vicio de procedimiento. Es necesario que la anulación se fundamente en razones de fondo, referentes al motivo mismo de la expulsión, y aun en tal caso se contemplan solo dos hipótesis. Por una parte, que el motivo sea “erróneo”, es decir, inexacto: el extranjero no debe ser castigado por un acto que no haya cometido y que se le impute injustamente. Por la otra, que la expulsión represente una “violación del derecho internacional”: todo el pensamiento jurídico subyacente al presente estudio sobre la expulsión de los extranjeros, que comparten unánimemente los miembros de la Comisión, apunta a que el derecho de expulsión es sin duda un derecho soberano del Estado, pero está limitado por el derecho internacional, en particular por los derechos humanos de la persona expulsada. Denegar el derecho a regresar de esa persona en caso de anulación de la decisión de expulsión por violación del derecho internacional equivaldría a ignorar la otra vertiente del derecho de expulsión y a convertir en absoluto un derecho relativo, lo que entrañaría un riesgo real de arbitrariedad.

VII. Responsabilidad del Estado que expulsa por una expulsión ilegal

161. Un Estado que expulsa a un extranjero en violación de las normas del derecho internacional incurre en responsabilidad. Esa responsabilidad puede determinarse como resultado de un procedimiento judicial incoado, en el marco de la protección diplomática, por el Estado del que la persona expulsada es nacional, o bien de un procedimiento ante una jurisdicción especializada en la protección de los derechos humanos a la que la persona expulsada tenga acceso directo o indirecto. Se trata de un principio de derecho internacional consuetudinario reiterado sistemáticamente por los órganos judiciales internacionales.

A. Afirmación del principio de la responsabilidad del Estado que expulsa

162. La responsabilidad es la consecuencia directa de una conducta contraria a la norma de derecho. Como señala D. Anzilotti, “puesto que los Estados tienen la obligación de observar ciertas normas establecidas por el derecho internacional en relación con la condición jurídica de los nacionales de un Estado extranjero que se encuentren en su territorio, la violación de esas normas puede constituir un hecho contrario al derecho internacional y entrañar la responsabilidad del Estado”³⁰¹.

163. La Comisión de Derecho Internacional concluyó en 2001 su proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, cuyo texto figura en el anexo de la resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001³⁰², en la que se tomó nota de él. En esos artículos se enuncian las reglas aplicables para determinar las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito³⁰³, incluida la expulsión ilegal. El presente informe no pretende, pues, retomar el magnífico trabajo realizado por el Relator Especial James Crawford y volver a examinar el régimen jurídico de la responsabilidad aplicado a la expulsión ilegal. Las siguientes observaciones se proponen, más modestamente, demostrar que la cuestión de la expulsión de extranjeros ha generado una abundante jurisprudencia internacional para el estudio de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y que, desde el punto de vista jurídico, está justificada la remisión al régimen general de la responsabilidad del Estado establecido por los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la cuestión.

164. La ilegalidad de la expulsión puede dimanar de la violación de una disposición de un tratado internacional en el que sea parte el Estado que expulsa, de una norma de derecho internacional consuetudinario o de un principio general de derecho³⁰⁴. Surge responsabilidad internacional del Estado si: i) la expulsión es ilegal en sí misma; ii) no se cumplen los requisitos de prueba aplicables; o iii) la expulsión se ejecuta en forma ilegal. Cabe recordar al respecto un proyecto de artículo que trata expresamente de la responsabilidad internacional del Estado por la expulsión ilegal de un extranjero en virtud de la legislación interna, propuesto a la Comisión de Derecho Internacional por el Relator Especial, F. V. García Amador. Ese proyecto de artículo decía lo siguiente:

³⁰¹ D. Anzilotti, “La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers”, *Revue générale de droit international public*, 1928, págs. 5 a 28, en especial pág. 6.

³⁰² El texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos fue aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53º período de sesiones, celebrado en 2001, y presentado a la Asamblea General en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en ese período de sesiones. El informe, que contiene asimismo las observaciones sobre el proyecto de artículos, figura en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 y corrección (A/56/10 y Corr.1)*.

³⁰³ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 y corrección (A/56/10 y Corr.1)*, arts. 28 a 54.

³⁰⁴ Véase el artículo 1 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado elaborado por la Comisión de Derecho Internacional (“Responsabilidad del Estado por hechos internacionales ilícitos - Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional”) y el artículo 38, párrs. 1 a), b) y c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

“El Estado es responsable de los daños causados al extranjero que ha sido expulsado del país cuando la orden de expulsión no se fundó en causas previstas en el derecho interno, o si al ejecutarla se cometieron irregularidades en el procedimiento que él establece al efecto.”³⁰⁵

165. El hecho internacionalmente ilícito del Estado que expulsa puede consistir asimismo en la expulsión del extranjero a un Estado donde pueda ser objeto de tortura. Como analiza un autor: “Según las circunstancias concretas, la infracción de la norma entrañará, pues, responsabilidad internacional frente a otras partes contratantes, la comunidad internacional en su conjunto, o instituciones regionales”³⁰⁶.

166. El principio de que el Estado que expulsa a un extranjero en violación de las normas de derecho internacional incurre en responsabilidad internacional está bien asentado desde hace largo tiempo. En el caso *Boffolo*, el árbitro, tras subrayar que “[...] la Comisión puede indagar en las razones y las circunstancias de la expulsión”³⁰⁷, observó que si el Estado no alega ninguna razón o alega una razón insuficiente para justificar una expulsión cuando se lo pide un tribunal internacional, debe atenerse a las consecuencias: “[...] El país que ejerce la facultad de expulsar debe, si se le solicita, justificar la expulsión ante un tribunal internacional, y, si no alega ninguna razón, o alega una razón insuficiente, debe atenerse a las consecuencias”³⁰⁸.

167. La misma solución se adoptó en el caso *Zerman c. México*, pues la Comisión concluyó que si el Estado tenía motivos para expulsar al reclamante, debía exponerlos ante la Comisión:

“El árbitro considera que, en sentido estricto, el Presidente de la República de México está facultado para expulsar a un extranjero de su territorio que pudiera considerarse peligroso, y que durante la guerra o la alteración del orden podría ser necesario ejercer ese derecho incluso por sospecha, pero en este caso no había guerra y no se pudieron esgrimir razones de seguridad como motivo de la expulsión del demandante sin que se le formularan acusaciones ni se le enjuiciara; si el Gobierno mexicano tenía motivos para su expulsión por lo menos tenía la obligación de demostrar los cargos ante la Comisión. Su simple aseveración, sin embargo, o la del cónsul de los Estados Unidos en un despacho que envió a su Gobierno, de que el demandante estaba al servicio de las autoridades imperialistas no parece al árbitro suficiente prueba de que así estuviera empleado ni motivo suficiente para su expulsión.”³⁰⁹

³⁰⁵ Véase Comisión de Derecho Internacional, “Responsabilidad internacional: sexto informe”, de F. V. García Amador, Relator Especial, *op. cit.*, pág. 49, art. 5, párr. 1.

³⁰⁶ G. S. Goodwin-Gill, “The limits of the power of expulsion in public international law”, *British Yearbook of International Law*, 1974-1975, págs. 55 a 156; en especial pág. 88.

³⁰⁷ Caso *Boffolo*, *op. cit.*, pág. 534 (árbitro Ralston).

³⁰⁸ *Ibid.*, pág. 537, párr. 3 (árbitro Ralston). El Comisario venezolano en el caso *Oliva* expresó una opinión diferente: “El Gobierno venezolano consideraba al extranjero, Oliva, como indeseable, e hizo uso del derecho de expulsión, reconocido y establecido por el conjunto de las naciones, en la forma prescrita por la legislación venezolana. Italia ejerce a menudo ese derecho. El que suscribe no cree que Venezuela esté obligada a explicar los motivos de la expulsión”. Caso *Oliva*, *op. cit.*, págs. 604 y 605.

³⁰⁹ *J. N. Zerman v. Mexico*, laudo de 20 de noviembre de 1876, en John Bassett Moore, *op. cit.*, vol. IV, pág. 3348.

168. En su laudo parcial sobre las reclamaciones civiles de Eritrea, la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía afirmó lo siguiente respecto de la obligación del Estado que expulsa de proteger los bienes de las personas expulsadas:

“Del expediente surge que Etiopía no cumplió con esos deberes. Como resultado del efecto acumulativo de las medidas examinadas *supra*, numerosos expulsados, algunos de los cuales tenían activos sustanciales, perdieron virtualmente todo lo que tenían en Etiopía.

Algunas de las medidas adoptadas por Etiopía eran lícitas y otras no. Sin embargo, su efecto acumulativo fue asegurar que pocos expulsados conservaran alguna parte de sus bienes. Los expulsados debían actuar mediante representantes (si podían encontrar un representante confiable y darle instrucciones), se enfrentaban a rápidas ventas forzosas de bienes inmuebles, a impuestos confiscatorios sobre el producido de la venta, a enérgicos procedimientos de cobro de préstamos, al cobro acelerado y arbitrario de otros tributos, y a otras tribulaciones económicas resultantes de medidas en las que el Gobierno de Etiopía desempeñaba un papel significativo. Al crear o facilitar esta red de medidas, Etiopía no cumplió su deber de asegurar la protección de los bienes de los extranjeros.”³¹⁰

Como se ha visto, en su laudo parcial sobre las reclamaciones civiles de Etiopía, la Comisión constató asimismo la responsabilidad de Eritrea por hechos similares (véase *supra*, “2. Protección de los bienes de los extranjeros”).

169. La Comisión determinó asimismo que Etiopía era responsable frente a Eritrea, entre otras cosas, por la siguiente violación del derecho internacional derivada de actos u omisiones de sus funcionarios civiles, personal militar u otras personas de cuya conducta responde: “7. Haber permitido que las autoridades locales expulsaran por la fuerza hacia Eritrea a un número desconocido, pero considerable, de personas con doble nacionalidad, por razones que no pueden establecerse [...]”³¹¹.

B. Derecho a la protección diplomática de la persona expulsada

170. No se trata aquí de volver a examinar el derecho de la protección diplomática, tema estudiado de manera competente por el Relator Especial en la materia, Sr. John Dugard, y sobre el cual la Comisión de Derecho Internacional aprobó en segunda lectura en 2006, el proyecto de artículos correspondiente³¹². Se trata simplemente de analizar en qué medida ese mecanismo puede ponerse al servicio de la protección de la persona expulsada, sobre todo si se tiene en cuenta que la jurisprudencia internacional en su estado actual proporciona al respecto un ejemplo interesante en

³¹⁰ *Laudo parcial, Mauvais traitement des populations civiles, Réclamations de l'Érythrée Nos. 15, 16, 23 et 27 à 32*, pág. 38.

³¹¹ *Ibid.*

³¹² El texto del proyecto de artículos y sus comentarios figuran en el informe de la Comisión de Derecho Internacional, 58º período de sesiones, 1 de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/61/10)*.

la causa *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo)*³¹³, que examina la Corte Internacional de Justicia .

171. De lo actuado hasta el momento en esa causa, se desprende que para exigir la responsabilidad del Estado expulsor por vía judicial en relación con un procedimiento de protección diplomática, en especial ante la Corte Internacional de Justicia, deben cumplirse previamente ciertas condiciones. En esa causa, Guinea pretendía principalmente “ejercer su protección diplomática en favor del Sr. Diallo en razón de que la República Democrática del Congo habría violado sus derechos al proceder a su arresto, detención y expulsión, lo que habría constituido un acto internacionalmente ilícito de ese Estado que da lugar a su responsabilidad”³¹⁴. A dicha pretensión, la Corte respondió que debía verificar si el demandante cumplía las condiciones necesarias para el ejercicio de la protección diplomática, es decir, si el Sr. Diallo tenía nacionalidad guinea y si había agotado los recursos disponibles en el derecho interno de la República Democrática del Congo³¹⁵. A ese respecto, la Corte no tuvo dificultad en constatar la nacionalidad guinea del Sr. Diallo, que había poseído en forma ininterrumpida desde la fecha en que se alegaba que se había producido el daño hasta el momento en que se iniciaron los procedimientos³¹⁶.

172. En cuanto al requisito del agotamiento de los recursos de derecho interno, ha dado lugar, en general, a una agria controversia tanto en la doctrina como en las instancias de solución de litigios internacionales. Puede recordarse simplemente que, como señaló la Corte en la causa de la *Interhandel (Suiza c. Estados Unidos de América)*, “la norma según la cual deben agotarse los recursos internos antes de entablar una acción internacional está bien establecida en el derecho internacional consuetudinario, y ha sido observada generalmente en los casos en que un Estado asume la defensa de un nacional cuyos derechos habrían sido lesionados en otro Estado en violación del derecho internacional. En tal caso se ha considerado necesario que, antes de recurrir a una instancia internacional, el Estado en que se ha cometido el daño tenga la oportunidad de repararlo por sus propios medios, en el marco de su ordenamiento jurídico interno”³¹⁷. No obstante, aunque los Estados no cuestionan el requisito de que deban agotarse los recursos internos, sí surgen habitualmente intensos y acalorados debates en torno a si, en efecto, existen recursos internos en el sistema jurídico de un Estado que el extranjero habría debido agotar antes de que el Estado de su nacionalidad asumiera la defensa de su causa. Sin embargo, en lo que respecta a la protección diplomática, como ha sostenido la Corte, “es al demandante a quien corresponde demostrar que se han agotado los recursos internos disponibles o que circunstancias excepcionales eximían de interponerlos a la persona que supuestamente ha sufrido un daño y a quien el Estado se propone proteger”³¹⁸. La Corte se remite aquí a su fallo dictado en la causa relativa a *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos de América c. Italia)*³¹⁹.

³¹³ Corte Internacional de Justicia, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fallo de 24 de mayo de 2007, Excepciones preliminares.

³¹⁴ *Ibid.*, párr. 40.

³¹⁵ *Ibid.*

³¹⁶ *Ibid.*, párr. 41.

³¹⁷ *C.I.J. Recueil*, 1959, pág. 27.

³¹⁸ Corte Internacional de Justicia, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, *op. cit.*, fallo de 4 de mayo de 2007, párr. 44.

³¹⁹ Corte Internacional de Justicia, *Elettronica Sicula S.p.A (ELSI) (États-Unis d'Amérique c. Italie)*, fallo de 20 de julio de 1989, *C.I.J. Recueil*, 1989, pág. 15.

En cuanto al demandado, es él quien debe convencer a la Corte de que existían en su ordenamiento jurídico interno recursos eficaces que no fueron agotados³²⁰.

173. En el caso que nos ocupa, la Corte entendió que solo era necesario abordar la cuestión de los recursos internos en lo relativo a la expulsión del Sr. Diallo. La Corte recordó que “como ha sido reconocido por ambas partes y se desprende del acta levantada el 31 de enero de 1996 por el Servicio Nacional de Inmigración del Zaire, esa expulsión, en el momento de llevarse a cabo, fue calificada de medida de ‘devolución’. Sin embargo, resulta que las medidas de devolución no pueden ser recurridas en el derecho congoleño. En efecto, el artículo 13 del Decreto-Ley núm. 83-033, de 12 de septiembre de 1983, sobre la policía de extranjeros, establece expresamente que ‘las órdenes [de devolución] no son recurribles’. La Corte entiende que la República Democrática del Congo no puede ampararse hoy en que sus servicios administrativos cometieron un error al ordenar la ‘devolución’ del Sr. Diallo para sostener que este debería haber tratado esa medida como una expulsión. El Sr. Diallo, en cuanto destinatario de la medida de devolución, tenía derecho a atenerse a las consecuencias de la calificación jurídica dada por las autoridades del Zaire, incluido en lo que respecta a la norma que exige el agotamiento de los recursos internos”³²¹. A pesar de ello, la Corte estableció que:

“incluso teniendo en cuenta que se habría tratado en ese caso de una expulsión y no de una devolución como pretende la República Democrática del Congo, esta última no ha demostrado tampoco que en su derecho interno existan recursos disponibles contra las medidas de expulsión. Es cierto que la República Democrática del Congo ha señalado que es posible interponer un recurso ante la autoridad administrativa competente para que reconsidere la medida [...]. No obstante, la Corte recuerda que si bien los recursos internos que deben agotarse son todos los recursos de naturaleza jurídica, tanto los recursos judiciales como los interpuestos ante instancias administrativas, estos últimos no pueden tenerse en cuenta a efectos de la norma que exige agotar los recursos internos, salvo en la medida en que estén orientados a invocar un derecho y no a obtener un favor, a menos que constituyan un requisito esencial para la admisibilidad de un posterior procedimiento contencioso. Por consiguiente, el hecho de que el Sr. Diallo pudiera solicitar en este caso la reconsideración de la medida de expulsión ante la autoridad administrativa que la había adoptado —es decir el Primer Ministro— con la esperanza de que este reconsiderara, a título de gracia, su decisión, no puede considerarse un recurso interno que sea necesario agotar.”³²²

174. Así pues, si un Estado no puede demostrar que en su ordenamiento jurídico existen recursos disponibles y eficaces a disposición de un extranjero víctima de una expulsión arbitraria que le permitan cuestionar dicha expulsión, ese Estado no estará facultado para invocar tal requisito como causa de inadmisibilidad de un recurso contencioso ante la Corte Internacional de Justicia. Esta es, por lo demás, la conclusión a la que llega la Corte después de analizar los distintos argumentos esgrimidos por las partes en relación con ese requisito³²³.

³²⁰ Corte Internacional de Justicia, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, *op. cit.*, fallo de 24 de mayo de 2007, párr. 44.

³²¹ *Ibid.*, párr. 46.

³²² *Ibid.*, párr. 47.

³²³ *Ibid.*, párr. 48.

175. Por otra parte, el extranjero víctima de una expulsión ilegal puede interponer un recurso ante los tribunales especializados en derechos humanos para invocar la responsabilidad del Estado expulsor. Aunque la Corte Internacional de Justicia todavía no se ha pronunciado sobre la responsabilidad internacional de un Estado por la expulsión ilícita de un extranjero (quizás lo haga en la causa *Diallo* que examina actualmente), es frecuente que las instancias arbitrales y los tribunales encargados de garantizar el cumplimiento de los convenios de derechos humanos constaten esa responsabilidad y obliguen al Estado responsable a reparar el daño.

C. Prueba de la expulsión ilegal

176. No es fácil demostrar que una expulsión es ilegal. La cuestión de la carga de la prueba de una expulsión presuntamente ilegal no parece haberse zanjado en derecho internacional y se ha examinado en numerosos laudos arbitrales, aunque no de modo uniforme. Según se ha visto en este sexto informe, para ajustarse a derecho, la expulsión debe basarse ante todo en un motivo fundado desde el punto de vista del derecho internacional y el Estado que la realiza ha de motivar su decisión de expulsar³²⁴.

177. En el caso *Oliva*, el Comisionado italiano consideró que incumbía al Estado expulsor la prueba de los hechos que justificaban la expulsión:

“El Comisionado venezolano considera que el Sr. Oliva no ha demostrado su inocencia, aunque no es a él a quien corresponde hacerlo, dado que se presume que toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario. Correspondía por lo tanto al Gobierno venezolano establecer la culpabilidad del demandante y no lo ha hecho. Si bien Francia o Italia recurren a la expulsión, lo hacen fundándose en pruebas. Una simple sospecha puede justificar la adopción de medidas de vigilancia pero en ningún caso una medida tan grave como prohibir a un hombre con intereses importantes en el país residir en él.”³²⁵

178. En cambio, en opinión del Comisionado venezolano bastaba con que el Estado expulsor tuviera buenas razones para creer que el interesado era un revolucionario: “Es irrelevante hasta qué punto quedó demostrado que Oliva era un revolucionario. Basta con que el Gobierno venezolano tuviera buenas razones para creerlo, y eso parece haber sido demostrado”³²⁶.

179. En el caso *Zerman*, el árbitro consideró que al no haber una situación de guerra ni de alteración del orden el Estado expulsor estaba obligado a probar sus acusaciones ante la Comisión, y que no bastaban simples afirmaciones:

“El árbitro considera que, en sentido estricto, el Presidente de la República de México está facultado para expulsar a un extranjero de su territorio que pudiera considerarse peligroso, y que durante la guerra o la alteración del orden podría ser necesario ejercer ese derecho incluso por sospecha, pero en este caso no había guerra y no se pudieron esgrimir razones de seguridad como motivo de la expulsión del demandante sin que se le formularan acusaciones ni

³²⁴ Véase el *Sexto informe sobre la expulsión de los extranjeros* (A/CN.4/625 y Add.1).

³²⁵ *Caso Oliva*, Comisión Mixta de Reclamaciones Italia-Venezuela, 1903, *Recueil des sentences arbitrales internationales des Nations Unies*, vol. X, págs. 600 a 609, en especial pág. 607 (Comisionado Agnoli).

³²⁶ *Ibid.*, pág. 607 (Comisionado Zuloaga).

se le enjuiciara; si el Gobierno mexicano tenía motivos para su expulsión por lo menos tenía la obligación de demostrar los cargos ante la Comisión. Su simple aseveración, sin embargo, o la del cónsul de los Estados Unidos en un despacho que envió a su Gobierno, de que el demandante estaba al servicio de las autoridades imperialistas no parece al árbitro suficiente prueba de que así estuviera empleado ni motivo suficiente para su expulsión.”³²⁷

180. En cambio, en el caso *Rankin*, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, impuso al demandante la carga de probar que había sido expulsado ilegalmente. El Tribunal rechazó su pretensión, dado que estimó que el demandante no había podido probar ese hecho:

“Quien alega haber sido expulsado tiene la carga de probar la ilegalidad de la medida de expulsión tomada por el Estado, en otras palabras, ha de demostrar que esa expulsión es arbitraria, discriminatoria o contraria a las obligaciones convencionales que incumben al Estado en esa esfera”³²⁸.

El Tribunal señala que corresponde al demandante demostrar que ha sido expulsado ilegalmente de la República Islámica del Irán y que ese hecho es imputable al Gobierno iraní. A falta de pruebas que acrediten esa afirmación, el Tribunal concluye que los hechos no han sido probados por el demandante³²⁹.

Por lo tanto, el Tribunal estima que el demandante no ha demostrado que esta nueva política instaurada por el demandado [...] constituyera un elemento determinante en su decisión de partir.”³³⁰

181. Sin embargo, con respecto al caso *Rankin*, cabe aclarar que la cuestión principal no era determinar si la expulsión del Sr. Rankin estaba bien fundada. Se trataba más bien de saber si había sido obligado a abandonar el territorio iraní por actos atribuibles a las autoridades o si, por el contrario, había abandonado ese territorio voluntariamente.

D. Reparación del daño sufrido como consecuencia de la expulsión ilegal

182. La violación por el Estado expulsor de una obligación jurídica en materia de expulsión da lugar a la obligación de reparar. El extranjero que es víctima de una expulsión ilegal puede accionar, especialmente ante los tribunales internos o los tribunales internacionales encargados de garantizar el cumplimiento de los convenios de derechos humanos, a fin de exigir la reparación del daño sufrido. Es necesario distinguir entre los casos en que el Estado de la nacionalidad de la persona expulsada decide ejercer su derecho a la protección diplomática de su nacional y

³²⁷ *J. N. Zerman v. Mexico*, laudo de 20 de noviembre de 1876, en John Bassett Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party*, vol. IV, págs. 3347 y 3348.

³²⁸ *Rankin v. The Islamic Republic of Iran*, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo de 3 de noviembre de 1987, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 17, págs. 135 a 152, en especial pág. 142, párr. 22.

³²⁹ *Ibid.*, pág. 151, párr. 38.

³³⁰ *Ibid.*, párr. 39.

recurre a una instancia internacional y aquellos en que la víctima de la expulsión ilegal recurre a los tribunales especializados en derechos humanos.

183. Cuando la demanda de reparación del daño sufrido por una expulsión ilegal se da en el marco de un procedimiento de protección diplomática, la reparación se hace al Estado que ejerce la protección respecto de su nacional. En el caso *Ben Tilet*, fue el Gobierno británico quien, considerando que Bélgica había excedido sus facultades al expulsar a su nacional, le reclamó una indemnización de 75.000 francos belgas. El árbitro decidió que el Gobierno británico no había fundado correctamente su demanda y la rechazó.

184. Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “las reparaciones consisten en medidas con las que se procura suprimir, moderar o compensar los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen de las características de la violación y del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial”³³¹.

1. Fundamento de la reparación

185. El párrafo 5 del artículo 22 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 18 de diciembre de 1990, otorga a estos últimos el derecho a “reclamar indemnización conforme a la ley”³³².

186. El párrafo 1 del artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que: “cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”³³³.

187. Son también los tribunales los que determinan cuál es la forma de reparación adecuada del daño causado por una expulsión ilegal. A tenor del artículo 41 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: “Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos, y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa”.

2. Forma de reparación

188. El principio fundamental de la reparación integral por el Estado del perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito que le es atribuible se aborda en el

³³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencias *Vargas Areco vs. Paraguay* (Fondo, reparaciones y costas), serie C, núm. 155, 26 de septiembre de 2006, párr. 142; *La Cantuta vs. Perú* (Fondo, reparaciones y costas), serie C, núm. 162, 29 de noviembre de 2006, párr. 202.

³³² Convención aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, que entró en vigor el 1 de julio de 2003, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 49*, vol. I (A/45/49).

³³³ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1144, núm. 17955.

artículo 31 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado. Las distintas formas de reparación se enumeran en el artículo 34.

a) Restitución

189. La restitución como forma de reparación está prevista en el artículo 35 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado y parece no haber sido otorgada con frecuencia para reparar una expulsión ilegal. Sería conveniente quizás no contemplar esta forma de reparación más que en los casos en que la ilegalidad se refiere a los hechos que motivan la expulsión (motivación) y no a la forma en que la expulsión se hace efectiva (procedimiento). Esta forma de reparación es factible especialmente cuando, como consecuencia de una expulsión ilegal, el Estado expulsor ha tomado medidas que afectan a los bienes muebles e inmuebles de la persona expulsada. En efecto, si al producirse la expulsión ilegal la persona afectada ha perdido bienes muebles e inmuebles que poseía en el Estado expulsor, existen motivos fundados para reclamar al Estado la restitución de sus bienes. Asimismo, si esos bienes han sufrido daños como consecuencia de la expulsión ilegal, siempre puede exigirse la *restitutio in integrum*. En tal caso, en principio, el Estado responsable de la expulsión ilegal debe restituir los bienes de la persona expulsada en el estado en que se encontraban.

b) Indemnización

190. La indemnización parece ser la forma más común de reparar el daño en materia de expulsión ilegal dado que el perjuicio sufrido por el extranjero es indemnizable. Habitualmente asume la forma de reparación pecuniaria.

i) Formas de daño indemnizable

a. Daño material

191. La reparación por daño material se produce habitualmente cuando tiene lugar una detención abusiva o excesiva o una expulsión ilegal. La Corte Interamericana de Derechos Humanos definió el daño material como “la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso”³³⁴ En la causa *Emre c. Suiza*³³⁵ del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el demandante consideró “haber sufrido un daño material por no haber podido trabajar a raíz de la decisión de expulsión, por lo que solicita la suma de 153.000 francos suizos (alrededor de 92.986 euros) en concepto de reparación. Mediante carta de 15 de noviembre de 2007, pide además una suma de 700.000 francos suizos (alrededor de 425.426 euros) en concepto de indemnización por su futura incapacidad parcial para trabajar, derivada, en su opinión, de unos problemas de salud que atribuye a la amenaza y ejecución de la expulsión”³³⁶. Como el demandante no logró demostrar que había sufrido un lucro cesante por haber sido expulsado, el Tribunal estimó que “la relación entre su expulsión y la futura pérdida

³³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia *Bámaca Velásquez vs. Guatemala* (Reparaciones y costas), serie C, núm. 91, 22 de febrero de 2002, párr. 43.

³³⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, causa *Emre c. Suisse*, sentencia de 22 de mayo de 2008.

³³⁶ *Ibid.*, párr. 95.

de sueldos alegada es puramente especulativa. Por lo tanto, no existe obligación de pagar ninguna suma por ese motivo”³³⁷.

b. Daño moral

192. El daño moral se refiere al sufrimiento y los perjuicios directamente causados a la persona expulsada, los ataques a su dignidad y la alteración de sus condiciones de vida. Con mucha frecuencia, en esos casos es imposible evaluar concretamente la cuantía del daño y asignar una suma equivalente y precisa de dinero a la víctima. La Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló al respecto que “es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a detención arbitraria, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, experimente un profundo sufrimiento, angustia, terror, impotencia e inseguridad, por lo que este daño (moral) no requiere pruebas”³³⁸. Por lo tanto, el daño moral consiste en traumas psicológicos vinculados a la privación de la libertad, la ausencia de distracciones, los efectos emocionales causados por la detención, la tristeza, el deterioro de las condiciones de vida, la impotencia generada por la falta de apoyo social e institucional, la humillación y las amenazas sufridas en ocasión de las visitas en detención, el miedo y la inseguridad ... La abundante jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos insiste en “el sufrimiento, la angustia, el sentimiento de inseguridad, de frustración y de impotencia ante el incumplimiento por las autoridades de sus obligaciones [...]”³³⁹.

193. En la causa *Emre c. Suiza*³⁴⁰, el demandante reclamaba una suma de 20.000 francos suizos (alrededor de 12.155 euros) por daño moral. Estimaba que ello era principalmente “la consecuencia de la profunda angustia en la que quedó sumido como consecuencia de la orden de expulsión y de la separación forzada de sus allegados. Ese sufrimiento moral se concretó especialmente en actos de mutilación infligidos contra sí mismo y tentativas de suicidio”³⁴¹. Al respecto, el Tribunal señaló que “[...] ciertamente el interesado experimentó sentimientos de frustración y angustia —no solo en ocasión de su primera expulsión, sino también ante la eventualidad de una segunda— que ni la declaración de que se produjo una violación de sus derechos ni la publicación de la presente sentencia bastan para reparar. El Tribunal, en aplicación de lo establecido en el artículo 41 del Convenio respecto de la satisfacción equitativa, le otorga por esa razón una suma de 3.000 euros”³⁴². En la causa *Ben Salah c. Italia*³⁴³, el demandante consideró que había sufrido un daño moral por haberse ordenado su expulsión hacia un Estado en que corría peligro de ser sometido a malos tratos. Sin embargo, no ponía un valor

³³⁷ Ibid., párr. 99.

³³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencias *La Cantuta vs. Perú*, *op. cit.*, párr. 217; *Mapiripán vs. Colombia* (Fondo, reparaciones y costas), serie C, núm. 134, 15 de septiembre de 2005; *Villagrán Morales vs. Guatemala* (Reparaciones y costas), serie C, núm. 77, 26 de mayo de 2001.

³³⁹ Véase, por ejemplo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencias *Mapiripán vs. Colombia*, *op. cit.*; *Pueblo Bello vs. Colombia* (Fondo, reparaciones y costas), serie C, núm. 140, 31 de enero de 2006.

³⁴⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, causa *Emre c. Suisse*, sentencia de 22 de mayo de 2008.

³⁴¹ Ibid., párr. 99.

³⁴² Ibid., párr. 100.

³⁴³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, causa *Ben Salah c. Italie*, sentencia de 24 de marzo de 2009, párr. 57 y siguientes.

económico a su pretensión. Sin hacer observaciones sobre el daño sufrido por el demandante, el Tribunal consideró que “[...] la declaración de que la expulsión, de llevarse a cabo, constituiría una violación del artículo 3 del Convenio representa una satisfacción equitativa suficiente”³⁴⁴.

c. Daño específico ocasionado por la frustración del proyecto de vida

194. Puede suceder que la expulsión impida la realización del proyecto de vida de la persona expulsada, sobre todo si se ha decidido y llevado a cabo de forma arbitraria cuando el interesado había comenzado a realizar ciertas actividades (estudios, actividades económicas, vida familiar) en el Estado expulsor. La Corte Interamericana de Derechos Humanos dio una nueva orientación al derecho a la reparación al incluir la frustración del “proyecto de vida” en la categoría de daños sufridos por las víctimas de violaciones de derechos humanos. Así, la Corte hizo una distinción entre los daños materiales, que pueden cuantificarse según criterios objetivos y económicos, y la frustración del proyecto de vida y, en la sentencia dictada en el caso *Loayza Tamayo*, que sentó jurisprudencia, estimó que: “El ‘proyecto de vida’ se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad”³⁴⁵. En este caso, la demandante, detenida arbitrariamente y víctima de tratos inhumanos, había sido liberada e intimada a dejar su país para vivir en el extranjero en condiciones económicas difíciles, lo que causó un profundo deterioro de su estado físico y psicológico e impidió “que esta alcance las metas de carácter personal, familiar y profesional que razonablemente pudo fijarse”³⁴⁶. Sin evaluar la reparación que correspondería a la interesada en razón del perjuicio sufrido, la Corte se limitó a asignar a la víctima una reparación simbólica, estimando que el proyecto de vida debía ser “razonable y accesible en el caso concreto”, y que el daño que había sufrido era por naturaleza “muy difícilmente reparable”.

195. Sin embargo, en la sentencia *Cantoral Benavides*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos definió mejor la reparación debida por ese tipo de daño, teniendo en cuenta la “grave alteración del curso que normalmente habría seguido la vida de Luis Alberto Cantoral Benavides. Los trastornos que esos hechos le impusieron impidieron la realización de la vocación, las aspiraciones y potencialidades de la víctima, en particular por lo que respecta a su formación y a su trabajo como profesional”³⁴⁷. Por lo tanto, la Corte ordenó al Estado que otorgara una beca de estudios a la víctima de modo que pudiera retomar sus estudios (en un centro universitario escogido de común acuerdo con el Gobierno) y, por lo tanto, encauzar su vida³⁴⁸. En la sentencia recaída en el caso *Gutiérrez Soler*, la misma Corte reconoció que las violaciones de los derechos del interesado le habían impedido la realización de sus expectativas de desarrollo personal y habían causado daños irreparables a su vida, obligándolo a truncar sus lazos familiares y a instalarse en el extranjero, en condiciones de soledad, penuria económica y quebranto físico y

³⁴⁴ *Ibid.*, párr. 59.

³⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia *Loayza Tamayo vs. Perú* (Reparaciones y costas), serie C, núm. 42, 27 de noviembre de 1998, párr. 148.

³⁴⁶ *Ibid.*, párr. 152.

³⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia *Cantoral Benavides vs. Perú* (Reparaciones y costas), serie C, núm. 88, 3 de diciembre de 2001, párr. 60.

³⁴⁸ *Ibid.*, párr. 80.

psicológico, con lo que disminuyó de manera permanente su autoestima y su capacidad de gozar de relaciones afectivas íntimas. Para la Corte, “la naturaleza compleja e íntegra del daño al proyecto de vida exige medidas de satisfacción y garantías de no repetición [...] que van más allá de la esfera económica”³⁴⁹.

ii) *Forma de indemnización*

196. La indemnización es un medio reconocido de reparación del daño que sufre el extranjero expulsado o el Estado de su nacionalidad en razón de una expulsión ilícita. En efecto, se admite que “generalmente una expulsión sin causa o basada en pruebas insuficientes constituye un motivo adecuado para obtener indemnización”³⁵⁰.

197. Varios tribunales arbitrales han fallado que se debe pagar compensación por los daños sufridos por los extranjeros que han sido víctimas de expulsiones ilícitas. En el caso *Paquet* el árbitro sostuvo que, dado el carácter arbitrario de la expulsión aplicada por el Gobierno de Venezuela contra el Sr. Paquet, se le debía indemnización por los daños directos que había sufrido como consecuencia de esa expulsión:

“[...] la práctica general de muchos gobiernos consiste en dar explicaciones al gobierno de la persona expulsada si las pide, y cuando se niega a dar explicaciones, como en el caso que nos ocupa, puede considerarse que la expulsión ha sido un acto arbitrario de tal carácter que entraña reparación, agravado en el presente caso por el hecho de que las facultades del poder ejecutivo, según la Constitución de Venezuela, no autorizan la prohibición del ingreso en el territorio nacional, o la expulsión de él, de los extranjeros domiciliados de quienes el Gobierno sospeche que menoscaban el orden público;

[Considerando] que además la suma demandada no parece exagerada;

Decide que la reclamación del Sr. Paquet de 4.500 francos es válida.”³⁵¹

198. El árbitro condenó también al pago de indemnización en el caso *Oliva* para compensar la pérdida derivada del quebrantamiento de una concesión, aunque esos daños se limitaron a los relacionados con los gastos en que había incurrido el extranjero y el tiempo que había tardado en obtener el contrato³⁵². El Comisionado Agnoli había considerado que el carácter arbitrario de la expulsión habría justificado en sí mismo una demanda de indemnización:

“[...] Se debe otorgar una indemnización no inferior a 40.000 bolívares, independientemente de la suma que se considere que se le debe por las pérdidas derivadas del incumplimiento arbitrario del contrato mencionado, por cuanto no puede haber duda de que, aunque no se hubiera obtenido la

³⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia *Gutiérrez Soler vs. Colombia* (Fondo, reparaciones y costas), serie C, núm. 132, 12 de septiembre de 2005, párrs. 88 y 89.

³⁵⁰ Véase en general Goodwin-Gill, *op. cit.*, págs. 278 a 280; E. Borchard, *op. cit.*, pág. 57.

³⁵¹ Caso *Paquet c. Venezuela*, *Recueil des sentences arbitrales*, 1903, vol. IX, (árbitro Filtz), pág. 325.

³⁵² Caso *Oliva*, *op. cit.*, págs. 608 a 610 (árbitro Ralston), en que figura el cálculo detallado de la indemnización en efectivo.

concesión mencionada, el solo hecho de su expulsión arbitraria constituiría motivo suficiente para una demanda de indemnización.”³⁵³

199. En otros asuntos, la forma ilícita en que se aplicó la expulsión (en particular, la duración y las condiciones de la detención mientras se ejecutaba la deportación) dio lugar a indemnización. En el caso *Maal* el árbitro otorgó indemnización por los daños al demandante como consecuencia de los malos tratos que había sufrido. Por cuanto los individuos que aplicaron la orden de deportación no habían sido sancionados, el árbitro consideró que era necesario que la suma otorgada fuera suficiente para que el Estado responsable pudiera “expresar su reconocimiento de la indignidad” al demandante:

“El árbitro parte de la premisa del valor sagrado del ser humano, cuya integridad no puede vulnerarse lo más mínimo, ni siquiera en un arrebato de ira, sin que medie consentimiento o exista una causa justificada; de lo contrario habrá que entender que se ha producido una agresión que debe dar lugar a una indemnización proporcional al espíritu y el carácter de la infracción y la calidad humana de la víctima. [...] y por cuanto no hay prueba ni sugerencia de que los encargados de esa importante obligación del Gobierno de Venezuela hayan sido objeto de reprimenda, castigo o cesación de funciones, la única forma en que pueda haber una expresión de lamentación de parte del Gobierno y el cumplimiento de su obligación respecto del súbdito de un Estado soberano y amigo consiste en pagar una indemnización por ese hecho en forma pecuniaria. Se debe tratar de una suma suficiente para expresar su reconocimiento de la indignidad impuesta a ese súbdito y su elevado deseo de cumplir plenamente esa obligación. En opinión del árbitro, el Gobierno demandado debe pagar al Gobierno demandante, en beneficio del demandante y en su representación, exclusivamente por esas indignidades, la suma de 500 dólares en oro de los Estados Unidos de América, o su equivalente en plata al tipo de cambio actual en el momento del pago, y se dicta un fallo en consecuencia.”³⁵⁴

200. En el caso *Daniel Dillon* se otorgó indemnización por los daños como consecuencia de los malos tratos infligidos al demandante a resultas de un largo periodo de detención y de las condiciones en que estuvo detenido. La instancia arbitral que entendió en este caso sostuvo lo siguiente:

“Sin embargo, el prolongado período de detención y el hecho de que se le mantuviera incomunicado y no se le facilitara información sobre la finalidad de su detención constituyen, en opinión de la Comisión, un maltrato y un rigor innecesario que no están justificados por el propósito de la detención y son de una entidad tal que hacen a los Estados Unidos Mexicanos responsables conforme al derecho internacional, y se concluye que la suma que se debe pagar por indemnización se puede fijar apropiadamente en 2.500 dólares de los Estados Unidos, sin intereses.”³⁵⁵

³⁵³ *Ibid.*, pág. 602 (Comisionado Agnoli).

³⁵⁴ Caso *Maal, Países Bajos c. Venezuela*, *op. cit.*, págs. 730 a 733 (árbitro Plumley).

³⁵⁵ Daniel Dillon, *États-Unis d'Amérique c. États-Unis du Mexique*, Comisión General de Reclamaciones Estados Unidos-México, laudo de 3 de octubre de 1928, *Recueil des sentences arbitrales internationales des Nations Unies*, vol. IV, págs. 368 a 371, en especial pág. 369.

201. En el caso *Yeager*, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos otorgó al demandante una indemnización en la que se tuvo en cuenta, por una parte, la pérdida de los bienes personales que hubo de dejar atrás porque no se le dio tiempo suficiente para salir del país³⁵⁶ y, por otra, el dinero que le confiscaron en el aeropuerto los “comités revolucionarios”³⁵⁷.

202. Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ordena habitualmente el pago de indemnizaciones a las víctimas de una expulsión ilícita. En algunos casos, el Tribunal asignó una suma de dinero como indemnización por daños no pecuniarios derivados de una expulsión ilícita. En la causa *Moustaquim c. Bélgica*, el Tribunal rechazó una demanda de daños basada en la pérdida de lucro derivada de una expulsión que había violado el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. A ese respecto, el Tribunal observó que no había un vínculo causal entre la violación y la pretendida pérdida de lucro. No obstante, basándose en criterios de equidad, el Tribunal otorgó al demandante la suma de 100.000 francos belgas como indemnización por los daños no pecuniarios derivados de tener que vivir alejado de su familia y sus amigos en un país en que no tenía vínculo alguno³⁵⁸. Por otra parte, en la causa *Conka c. Bélgica*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos otorgó la suma de 10.000 euros para indemnizar los daños no pecuniarios derivados de una deportación que había violado los párrafos 1 y 4 del artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho a la libertad y a la seguridad) y el artículo 4 del Protocolo núm. 4 del Convenio (prohibición de la expulsión colectiva), así como el artículo 13 del Convenio (derecho a un recurso efectivo) y el artículo 4 del Protocolo núm. 4³⁵⁹.

c) Satisfacción

203. La satisfacción como forma de reparación está prevista en el artículo 37 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado. Esta forma de reparación puede aplicarse en el caso de la expulsión ilícita³⁶⁰. En este sentido, C. Hyde escribe lo siguiente: “Como declaró el Sr. [Elihu] Root en 1907, ‘el derecho de un gobierno a proteger a sus ciudadanos en países extranjeros contra una expulsión cruel e injustificada puede considerarse un principio definido y fundamental del derecho internacional. No es menos definido y fundamental que un gobierno pueda exigir satisfacción e indemnización por una expulsión en violación de las exigencias del derecho internacional’”. A este respecto, el Relator Especial, Sr. García Amador, indicó que: “En los casos de expulsión arbitraria se había aplicado la satisfacción en la forma de revocación de la orden de expulsión y el regreso del extranjero expulsado”³⁶¹. El citado Relator se remitió en este contexto a las causas *Lampton y Wiltbank* (relativas a dos ciudadanos de los Estados Unidos expulsados de

³⁵⁶ *Yeager v. The Islamic Republic of Iran*, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo de 2 de noviembre de 1987, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 17, págs. 92 a 113, párrs. 51 a 59.

³⁵⁷ *Ibid.*, pág. 110, párrs. 61 a 63.

³⁵⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, causa *Moustaquim c. Belgique*, *op. cit.*, párrs. 52 a 55.

³⁵⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, causa *Conka c. Belgique*, *op. cit.*, pág. 99, párr. 42.

³⁶⁰ Cheney Hyde, *International Law: Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, vol. 1, 2ª ed. rev., Boston, Little Brown and Company, 1947, pág. 231 (en que se cita la comunicación al Ministro en Caracas, 28 de febrero de 1907), *Foreign Relations* 1908, 774, 776, Hackworth, Dig., III, 690).

³⁶¹ *Ibid.*, párr. 99.

Nicaragua en 1894), y al asunto de cuatro súbditos británicos que también habían sido expulsados de Nicaragua³⁶².

204. En particular, se ha aplicado la satisfacción en situaciones en que aún no se había ejecutado la orden de expulsión. En esos casos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que un fallo en que se determinaba la ilicitud de la orden de expulsión constituía una forma apropiada de satisfacción y, por lo tanto, se ha abstenido de otorgar daños no pecuniarios. Pueden señalarse a este respecto las causas *Beldjoudi c. Francia*³⁶³, *Chahal c. Reino Unido*³⁶⁴ y *Ahmed c. Austria*³⁶⁵. Entre las formas de reparación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se contenta solamente con otorgar indemnizaciones a las víctimas de expulsiones ilegales, y considera que “dentro de las reparaciones que debe efectuar el Estado se encuentra necesariamente la de investigar efectivamente los hechos [y] sancionar a todos los responsables”³⁶⁶.

205. En la causa *Chahal c. Reino Unido*, el demandante reclamaba una indemnización por el daño moral derivado de la duración de la detención. El Tribunal, al comprobar que el Gobierno británico no había violado el párrafo 1 del artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, consideró que la determinación de que la expulsión, de llevarse a cabo, constituiría una violación del artículo 3 del Convenio y de que se habían infringido el párrafo 4 del artículo 5 y el artículo 13 constituía una satisfacción equitativa y suficiente³⁶⁷.

206. Como se ha observado anteriormente, las consideraciones precedentes solo tienen por finalidad recordar, por un lado, que el régimen general de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos se aplica a la expulsión ilegal de un extranjero, y, por otro, que el Estado de la nacionalidad dispone al respecto de la facultad que le reconoce el derecho internacional de ejercer

-
- ³⁶² *Ibid.*, párr. 99, nota 159. Esas causas se mencionan en John Basset Moore, *op. cit.*, págs. 99 a 101. En los casos de Lampton y Wiltbank, el Gobierno de Nicaragua expulsó a dos ciudadanos estadounidenses y permitió posteriormente su regreso a solicitud de los Estados Unidos. En el caso de los cuatro súbditos expulsados de Nicaragua, Gran Bretaña exigió a Nicaragua “la cancelación incondicional de los decretos de expulsión”, a lo que Nicaragua respondió que “no había ocasión para la revocación del decreto de expulsión, por cuanto todas las personas culpables de participar en la rebelión de los misquitos habían sido perdonadas”.
- ³⁶³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, causa *Beldjoudi c. France*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 26 de marzo de 1992, demanda núm. 12083/86, párr. 86: “El demandante debe haber sufrido daños no pecuniarios, pero esta sentencia le otorga compensación suficiente a este respecto”.
- ³⁶⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, causa *Chahal c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, párr. 158: “En vista de su decisión de que no ha habido violación del párrafo 1 del artículo 5 [...], el Tribunal no decide que se paguen daños no pecuniarios respecto del plazo en que el Sr. Chahal estuvo detenido. En cuanto a las demás reclamaciones, el Tribunal considera que la determinación de que su deportación, si se ejecutara, constituiría una violación del artículo 3 y de que ha habido infracciones del párrafo 4 del artículo 5 y del artículo 13 constituye satisfacción equitativa y suficiente”.
- ³⁶⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, causa *Ahmed c. Autriche*. El Tribunal rechazó la solicitud de indemnización de la pérdida de lucro por la falta de relación entre el supuesto daño y la conclusión del Tribunal respecto del artículo 3 del Convenio (párr. 50). A continuación declaró: “El Tribunal considera que el demandante debe haber sufrido daños no pecuniarios pero que la sentencia le otorga compensación suficiente a ese respecto” (párr. 51).
- ³⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, *op. cit.*, párrs. 73 y 106.
- ³⁶⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, causa *Chahal c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, párr. 158.

su protección diplomática, como confirmó además muy recientemente la Corte Internacional de Justicia en la causa *Ahmadou Sadio Diallo*. Por consiguiente, los proyectos de artículo que figuran a continuación remiten a los regímenes jurídicos de esas dos arraigadas instituciones del derecho internacional que son la responsabilidad del Estado y la protección diplomática.

Proyecto de artículo I1. Responsabilidad del Estado en caso de expulsión ilícita

Las consecuencias jurídicas de una expulsión ilícita [ilegal] se rigen por el régimen general de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

Proyecto de artículo J1. Protección diplomática

El Estado de la nacionalidad del extranjero expulsado podrá ejercer su protección diplomática en beneficio de ese extranjero.
