



# Asamblea General

Distr. general  
10 de julio de 2006  
Español  
Original: inglés

---

## Comisión de Derecho Internacional

### 58° período de sesiones

Ginebra, 1° de mayo a 9 de junio  
y 3 de julio a 11 de agosto de 2006

## Expulsión de extranjeros

### Memorando de la Secretaría

#### *Resumen*

El presente estudio ha sido elaborado para asistir a la Comisión de Derecho Internacional en el examen del tema de la expulsión de extranjeros y su objetivo es proporcionar un análisis completo de los aspectos cuya consideración puede resultar necesaria en el contexto de dicho tema. También contiene un resumen analítico de los antecedentes jurídicos pertinentes que figuran en el derecho de los tratados, la jurisprudencia internacional y otros documentos internacionales, así como en la legislación y jurisprudencia nacionales. Asimismo, reseña los antecedentes pertinentes adoptados a nivel internacional, regional y nacional. Para facilitar la consulta, el presente estudio reproduce los extractos de interés de dichos antecedentes jurídicos.

El estudio parte de la premisa de que cada Estado tiene el derecho de expulsar a los extranjeros. Sin embargo, este derecho está sujeto a limitaciones generales y a requisitos sustantivos y procesales de carácter específico. Tradicionalmente, el derecho de expulsión estuvo sujeto a limitaciones generales, como la prohibición del abuso de derecho, el principio de buena fe, la prohibición de la arbitrariedad y las normas referentes al trato de los extranjeros. La normativa internacional contemporánea en materia de derechos humanos ha tenido una importante influencia en las normas que regulan la expulsión de los extranjeros en lo que respecta al desarrollo de requisitos sustantivos y procesales más específicos. Las tendencias recientes del derecho y la práctica jurídica nacionales con respecto a la expulsión de extranjeros sospechosos de participar en actividades de terrorismo internacional pueden dar lugar a problemas en relación con el cumplimiento de esos requisitos.

En primer lugar, el estudio aborda el tema de la expulsión de extranjeros desde una perspectiva general, en relación con los motivos y otras consideraciones referentes a la decisión de expulsar a un extranjero, los requisitos procesales de su expulsión y la ejecución de la decisión de expulsarlo por medio de su partida voluntaria o recurriendo a la deportación. A continuación, el estudio analiza las



consideraciones especiales que pueden aplicarse a la expulsión de categorías específicas de extranjeros, como los extranjeros ilegales, los residentes extranjeros, los trabajadores migratorios, los menores, los refugiados y los apátridas. El estudio también se refiere a asuntos relacionados con la privación de la nacionalidad y la posterior expulsión de los antiguos nacionales como si fueran extranjeros. La expulsión, durante un conflicto armado, de extranjeros enemigos que sean nacionales de un Estado adversario se analiza en el marco del *jus in bello* pertinente, incluido el derecho internacional humanitario, y las normas de derechos humanos para la expulsión de extranjeros que siguen vigentes en ese tipo de conflictos. Al final del análisis de la expulsión de individuos extranjeros, el estudio proporciona una breve perspectiva general, basada en la práctica de los Estados, de las posibles formas de reparación en caso de expulsión ilegal.

El estudio se refiere luego a la cuestión de la expulsión colectiva y la expulsión en masa de extranjeros. Puede interpretarse que la expulsión individual, la expulsión colectiva y la expulsión en masa de extranjeros se rigen por regímenes jurídicos separados y así se estima a los fines del presente estudio. Con sujeción a determinados requisitos y limitaciones, un Estado tiene amplias facultades discrecionales para expulsar a extranjeros del país cuando su permanencia en territorio nacional sea contraria a sus intereses. En cambio, la expulsión colectiva de un grupo de extranjeros *como tales* (incluso un grupo pequeño) es contraria a la noción misma de los derechos humanos individuales y está por ende prohibida. La expulsión colectiva de un grupo de extranjeros no toma en cuenta las consecuencias de la presencia, los motivos y otros factores que afectan a la expulsión, los requisitos procesales para la expulsión o las normas relativas a la ejecución de la decisión de expulsión con respecto a esos extranjeros considerados individualmente. La decisión de expulsión se toma con respecto al grupo de extranjeros en su totalidad. La expulsión en masa implica la expulsión de gran número de extranjeros en un período de tiempo relativamente reducido. Puede considerarse que la expulsión en masa es un abuso del derecho de expulsión e impone una carga excesiva al Estado receptor. La expulsión en masa está prohibida excepto en circunstancias muy excepcionales relacionadas con un cambio en el territorio de un Estado o un conflicto armado. Incluso en estos casos, la expulsión de un gran número de extranjeros deberá respetar las limitaciones generales y los requisitos sustantivos y procesales que se aplican a la expulsión individual de extranjeros, en la medida en que lo permitan dichas circunstancias excepcionales. La expulsión colectiva o la expulsión en masa de extranjeros también puede violar el principio de no discriminación y, por tanto, constituir una violación adicional del derecho internacional o una forma agravada de la prohibición de expulsión colectiva o expulsión en masa.

El estudio se compone de las partes I a XII y los anexos I y II. En las partes I y II se analizan aspectos generales del estudio. La parte I contiene una introducción general al tema de la expulsión de extranjeros. En la parte II se ofrece información de referencia general sobre el fenómeno creciente de la migración internacional a nivel mundial, con el fin de facilitar el análisis del tema a la luz de la situación contemporánea y los desafíos que plantea la presencia de extranjeros en el territorio de los Estados.

La parte III se refiere al alcance del tema, lo que plantea varias cuestiones importantes, tales como si la Comisión debería considerar: 1) las normas especiales que pueden aplicarse a ciertas categorías de extranjeros; 2) las medidas similares que los Estados pueden adoptar para obligar a los extranjeros a salir de su territorio; 3) la expulsión de extranjeros en tiempo de conflicto armado; y 4) la expulsión colectiva y la expulsión en masa de extranjeros.

La parte IV se centra en la importancia que varios términos pueden tener para el análisis del presente tema. Algunos de esos términos están relacionados con la noción de “extranjero” y con categorías específicas de extranjeros, como por ejemplo extranjero ilegal, extranjero residente, trabajador migratorio, familia, refugiado, asilado, solicitante de asilo, apátrida, antiguo nacional y extranjero enemigo. Los demás términos se relacionan con las medidas adoptadas por un Estado para obligar a un extranjero a abandonar su territorio. El documento propone un enfoque funcional para la noción de “expulsión”, sin perjuicio de los diferentes términos que puedan utilizarse en los ordenamientos jurídicos nacionales para medidas que cumplen la misma función. Asimismo, el documento propone realizar una distinción entre la expulsión de un extranjero en lo que se refiere a la decisión de expulsar y la ejecución de dicha decisión mediante la partida voluntaria o la deportación. El uso de los términos “expulsión” y “deportación” varía en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales. En el presente estudio se utilizan ambos términos a fin de facilitar el análisis de los requisitos sustantivos y procesales que se aplican a la expulsión de un extranjero y la ejecución de la decisión de expulsión.

Las partes V a IX se refieren al derecho de un Estado a expulsar a un extranjero de su territorio, las limitaciones generales al derecho de expulsión de acuerdo con el derecho internacional tradicional y el contemporáneo, y los requisitos sustantivos y procesales más específicos, referentes a los motivos y otras consideraciones relativas a la decisión de expulsar a un extranjero, los requisitos procesales de la expulsión y la ejecución de la decisión de expulsión mediante la partida voluntaria o la deportación.

La parte X se ocupa de las consideraciones especiales que pueden aplicarse a la expulsión de categorías específicas de extranjeros, como los extranjeros ilegales, los extranjeros residentes, los trabajadores migratorios, los niños, los refugiados, los apátridas, los antiguos nacionales y los extranjeros enemigos en tiempo de conflicto armado.

La parte XI analiza brevemente las posibles formas de reparación en caso de expulsión ilegal de extranjeros, incluidas la restitución, la indemnización y la satisfacción, tomando como referencia la práctica de los Estados. También analiza brevemente cuestiones referentes a la carga de la prueba en esos casos.

La parte XII ofrece una perspectiva general de las cuestiones y los antecedentes pertinentes relativos a la expulsión colectiva y la expulsión en masa de extranjeros, en contraposición con la expulsión individual de uno o más extranjeros, para que pueda determinarse más fácilmente si esas expulsiones deben incluirse en el ámbito del presente tema. Teniendo en cuenta las importantes diferencias en los regímenes jurídicos que rigen las expulsiones individuales, las expulsiones colectivas y las expulsiones en masa, tal vez la Comisión desee abordar tales regímenes en partes o capítulos separados de su labor, si se decide a analizar esos aspectos del tema.

El anexo I incluye una amplia selección bibliográfica de los antecedentes pertinentes que se utilizaron para preparar el estudio, incluidos tratados y documentos similares; jurisprudencia internacional; práctica de las organizaciones internacionales, organizaciones regionales y órganos de supervisión de tratados; leyes internas de los Estados; jurisprudencia interna de los Estados; doctrina, e informes de las organizaciones no gubernamentales.

En el anexo II figura una lista de abreviaturas de las leyes internas de diferentes Estados que se citan en el estudio.

## Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción .....	1-5	15
II. Contexto general .....	6-21	16
III. Alcance del tema .....	22-120	22
A. La noción de extranjero .....	23-41	22
1. Extranjeros en general .....	23-25	22
2. Categorías específicas de extranjeros .....	26-27	24
3. Extranjeros con privilegios e inmunidades especiales .....	28-32	25
a) Diplomáticos .....	29	26
b) Funcionarios consulares .....	30	26
c) Miembros de misiones especiales .....	31	27
d) Funcionarios públicos internacionales .....	32	28
4. Miembros de las fuerzas armadas .....	33-35	30
a) Fuerzas armadas nacionales .....	33	30
b) Las fuerzas armadas multinacionales .....	34	31
c) <i>Lex specialis</i> .....	35	32
5. Nacionales .....	36	32
6. Ex nacionales .....	37-41	36
B. La noción de presencia en el territorio de otro Estado .....	42-66	39
1. La presencia de un extranjero .....	42-50	39
a) Presencia legítima .....	44	40
b) Presencia transitoria .....	45-48	41
c) Presencia física .....	49-50	43
2. El territorio de un Estado .....	51-53	45
3. Situaciones especiales .....	54-59	46
a) Lugares sometidos al principio de la inviolabilidad .....	55	46
b) Empresas de transporte público .....	56-57	48
c) Buques de guerra .....	58	50
d) Bases militares .....	59	50
4. Interceptación de extranjeros .....	60-66	51
a) Extranjeros ilegales que viajan por mar .....	61-64	52
b) Extranjeros sospechosos de cometer actos de terrorismo internacional .....	65-66	57

C.	La noción de expulsión.....	67-92	59
1.	Expulsión.....	67-90	59
a)	Expulsión implícita.....	68-73	60
b)	Denegación de admisión.....	74-78	63
c)	Denegación del permiso de residencia ( <i>refus de séjour</i> ).....	79-80	67
d)	Devolución.....	81-82	68
e)	Extradición.....	83-84	69
f)	Entrega.....	85-87	70
g)	Traslado forzoso o desplazamiento interno.....	88	72
h)	Expulsión en sentido estricto o criterio funcional.....	89-90	73
2.	Deportación.....	91-92	74
D.	Expulsión de extranjeros en tiempo de conflicto armado.....	93-106	75
E.	Expulsión colectiva y expulsión en masa.....	107	81
F.	Derecho de los tratados.....	108-114	82
G.	Legislación y práctica nacionales.....	115-120	88
IV.	Términos empleados.....	121-184	91
A.	Términos relacionados con los extranjeros.....	122-177	92
1.	Extranjero.....	122-126	92
2.	Extranjeros ilegales.....	127-129	95
3.	Extranjeros residentes.....	130-133	96
4.	Trabajadores migratorios.....	134-139	98
5.	Familia.....	140-145	102
6.	Refugiados.....	146-159	105
7.	Personas desplazadas.....	160-163	115
8.	Asilados.....	164-171	116
9.	Solicitantes de asilo.....	172	119
10.	Apátridas.....	173-175	119
11.	Ex nacionales.....	176	121
12.	Extranjero enemigo.....	177	121
B.	Expulsión y deportación.....	178-184	121
1.	Expulsión.....	179-181	122
2.	Deportación.....	182-184	123
V.	El derecho de un Estado a expulsar a los extranjeros de su territorio.....	185-200	124
A.	La naturaleza inherente del derecho de expulsión.....	185-192	124
B.	El carácter discrecional del derecho de expulsión.....	193-197	129
C.	El carácter limitado del derecho de expulsión.....	198-200	131

VI.	Limitaciones generales del derecho de un Estado a expulsar extranjeros.....	201–298	133
A.	Limitaciones tradicionales .....	201–250	133
1.	Prohibición del abuso de derecho .....	201–209	133
2.	El principio de la buena fe .....	210–226	142
3.	Prohibición de la arbitrariedad .....	227–239	149
4.	Trato de los extranjeros .....	240–249	155
a)	Denegación de justicia.....	241–243	157
b)	Tratamiento nacional .....	244–245	160
c)	Norma internacional mínima.....	246–249	162
d)	Norma pertinente a la expulsión de extranjeros.....	250	164
B.	Limitaciones contemporáneas .....	251–294	165
1.	Los efectos de los derechos humanos sobre el tratamiento de los extranjeros .....	251–255	165
2.	Principio de no discriminación .....	256–286	171
a)	El concepto de discriminación .....	256–257	171
b)	Relación con el principio de igualdad.....	258–259	173
c)	Trato diferente y discriminación .....	260–261	174
d)	Discriminación <i>de jure y de facto</i> .....	262–263	176
e)	Reconocimiento del principio de no discriminación .....	264–267	177
f)	Fundamentos de la discriminación .....	268–284	180
i)	Raza .....	269–272	180
ii)	Sexo .....	273–275	182
iii)	Idioma.....	276	184
iv)	Religión .....	277–279	184
v)	Condición de extranjero .....	280–281	186
vi)	Origen nacional .....	282–283	188
vii)	Otros tipos de discriminación .....	284	189
g)	Pertinencia del principio de no discriminación en lo que respecta a la expulsión de extranjeros .....	285–286	190
3.	Principio de legalidad.....	287–294	191
C.	Vigencia actual de las limitaciones generales.....	295–298	197
VII.	Motivos y otras consideraciones relativas a la decisión de expulsión.....	299–595	198
A.	Motivos de la expulsión .....	299–444	198
1.	Exigencia de un motivo válido para la expulsión.....	299–305	198
2.	Margen de apreciación .....	306–308	201

3.	Obligación de indicar los motivos de la expulsión .....	309–318	203
4.	Suficiente fundamentación del motivo .....	319	207
5.	Validez de los motivos .....	320–324	208
6.	Posibles motivos de expulsión .....	325–422	210
	a) Entrada ilegal .....	326–333	210
	b) Incumplimiento de las condiciones de admisión .....	334–339	215
	c) Orden público o interés general del Estado .....	340–362	219
	d) Seguridad nacional .....	363–376	229
	e) Interés superior del Estado .....	377–379	235
	f) Violación de la ley .....	380–391	236
	g) Salud y seguridad públicas .....	392–400	244
	h) La moral y las buenas costumbres .....	401–407	249
	i) Motivos económicos .....	408–414	252
	j) Medida preventiva o disuasoria .....	415	255
	k) Represalia .....	416–417	255
	l) Actividades políticas .....	418–421	256
	m) Otros .....	422	258
7.	El principio de no discriminación .....	423–429	258
8.	Extradición encubierta .....	430–443	261
	a) Extradición encubierta o <i>de facto</i> .....	432–433	262
	b) Expulsión o extradición .....	434–443	264
9.	Expulsión confiscatoria .....	444	269
B.	Consideraciones de derechos humanos .....	445–488	270
	1. Los derechos de la familia .....	446–467	271
	2. Los derechos del niño .....	468–474	282
	3. Libertad de expresión .....	475–476	285
	4. Derechos sindicales .....	477–478	286
	5. Derecho a la propiedad .....	479–481	286
	6. El principio de no discriminación .....	482–487	288
	7. Limitación y derogación .....	488	292
C.	Destino .....	489–595	295
	1. Derechos del extranjero .....	492–505	296
	a) Elección del destino .....	493–497	296
	b) Derecho de ingresar en el Estado de la nacionalidad o de regresar al mismo .....	498–503	299



c)	Principio de no discriminación . . . . .	504	302
d)	Relación entre las consideraciones relativas a los derechos humanos y el deber de admisión de un Estado. . . . .	505	302
2.	El Estado de destino . . . . .	506–532	303
a)	Estado de nacionalidad . . . . .	507–512	303
b)	Estado de residencia. . . . .	513	308
c)	Estado de expedición del pasaporte . . . . .	514–515	308
d)	Estado de embarque . . . . .	516–518	310
e)	Estado parte en un tratado . . . . .	519–522	311
f)	Estados que prestan su consentimiento y otros Estados . . . . .	523–532	315
3.	Limitaciones de la expulsión de extranjeros a determinados Estados. . . . .	533–594	318
a)	El principio de no devolución . . . . .	533–534	318
b)	La prohibición de expulsión a determinados Estados con arreglo a las normas de derechos humanos . . . . .	535–577	320
i)	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. . . . .	536–539	321
ii)	Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes . . . . .	540–565	323
1.	La prohibición de expulsión a determinados Estados. . . . .	540	323
2.	Comité contra la Tortura . . . . .	541	323
3.	Consideraciones pertinentes . . . . .	542–543	325
4.	Razones fundadas . . . . .	544	326
5.	Riesgo personal de ser torturado . . . . .	545–548	326
6.	Peligro presente y previsible. . . . .	549–555	328
7.	Funcionarios públicos . . . . .	556–558	330
8.	Ulterior expulsión a un tercer Estado. . . . .	559–561	332
9.	Prohibición absoluta . . . . .	562–565	333
iii)	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial . . . . .	566	335
iv)	Convenio Europeo de Derechos Humanos. . . . .	567–571	336
v)	Convención Americana sobre Derechos Humanos . . . . .	572	337
vi)	Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos . . . . .	573	337
vii)	Legislación nacional . . . . .	574	338
viii)	Jurisprudencia nacional . . . . .	575–577	339
c)	Cuestiones relativas a la salud. . . . .	578–584	341
d)	Seguridades por vía diplomática . . . . .	585–594	344
4.	Expulsión de un extranjero a un Estado que no tiene la obligación de admitirlo . . . . .	595	350

VIII.	Requisitos procesales . . . . .	596–696	351
A.	Naturaleza del procedimiento . . . . .	601–603	356
B.	Garantías procesales . . . . .	604–696	358
	1. Principio de no discriminación . . . . .	604–606	358
	2. Derecho a recibir notificación del procedimiento de expulsión . . . . .	607	359
	3. Detención durante el procedimiento . . . . .	608–611	359
	4. Derecho a impugnar la expulsión . . . . .	612–624	362
	a) Consideraciones generales . . . . .	612–618	362
	b) Derecho de audiencia . . . . .	619–623	365
	c) Derecho a estar presente . . . . .	624	368
	5. Derecho a la protección consular . . . . .	625–631	369
	6. Derecho a asistencia letrada . . . . .	632–643	372
	a) Asistencia judicial . . . . .	641–643	375
	7. Traducción e interpretación . . . . .	644–646	376
	8. Decisión . . . . .	647–656	377
	a) Notificación de la decisión . . . . .	647–649	377
	b) Decisión razonada . . . . .	650–656	378
	9. Procedimiento de revisión . . . . .	657–689	380
	a) Decisión de expulsión . . . . .	657–687	380
	b) Determinación del Estado de destino . . . . .	688–689	396
	10. La excepción de seguridad nacional u orden público . . . . .	690–696	396
IX.	Ejecución de la decisión de expulsión . . . . .	697–744	399
A.	Salida voluntaria . . . . .	697–701	399
B.	Deportación . . . . .	702–744	401
	1. Derechos del extranjero . . . . .	702–714	401
	a) Trato humano . . . . .	702–710	401
	b) Derechos de propiedad e intereses similares . . . . .	711–714	407
	2. Detención . . . . .	715–737	409
	3. Acuerdos prácticos . . . . .	738–742	422
	4. Denegación de entrada . . . . .	743	425
	5. Acuerdos de cooperación . . . . .	744	425
X.	Consideraciones especiales para determinadas categorías de extranjeros . . . . .	745–956	426
A.	Extranjeros ilegales . . . . .	745–755	426
	1. Limitaciones generales . . . . .	745–747	426
	a) Limitaciones tradicionales . . . . .	745	426
	b) Limitaciones contemporáneas . . . . .	746–747	427

2.	Motivos y otras consideraciones relativas a la decisión de expulsión .....	748-751	427
	a) Motivos .....	748-749	427
	b) Consideraciones de derechos humanos.....	750-751	428
3.	Requisitos de procedimiento .....	752-753	430
4.	Partida .....	754	431
5.	Exclusión de algunas disposiciones de tratados .....	755	431
B.	Extranjeros residentes.....	756-787	432
	1. Consideraciones generales.....	756-761	432
	2. Motivos y otras consideraciones relativas a la decisión de expulsión .....	762-779	434
	a) Motivos .....	762-778	434
	b) Consideraciones de derechos humanos.....	779	440
	3. Requisitos de procedimiento .....	780-785	440
	4. Partida .....	786-787	443
	a) Posibilidad razonable de proteger los bienes e intereses análogos .....	786	443
	b) Detención .....	787	443
C.	Trabajadores migratorios y sus familiares.....	788-825	444
	1. Limitaciones generales.....	788-789	444
	a) Limitaciones tradicionales.....	788	444
	b) Limitaciones actuales.....	789	444
	2. Motivos y otras consideraciones relativas a la decisión de expulsión .....	790-807	444
	a) Motivos .....	790-803	444
	b) Consideraciones de derechos humanos.....	804-806	449
	i) Derechos de los familiares .....	804	449
	ii) Derechos de propiedad .....	805-806	449
	c) Destino .....	807	450
	3. Requisitos de procedimiento .....	808-819	450
	a) Derecho a exponer las razones para oponerse a la expulsión ...	809-810	450
	b) Derecho a protección consular .....	811	451
	c) Derecho a asistencia judicial y a un intérprete.....	812	451
	d) Notificación de los motivos de la decisión de expulsión .....	813	451
	e) Derecho a un proceso de revisión .....	814-818	452
	f) Derecho a reclamar compensación y volver a ingresar en el Estado.....	819	453

4.	Partida .....	820–825	454
	a) Oportunidad razonable de proteger propiedades o intereses similares .....	820–821	454
	b) Costos de la expulsión .....	822–825	454
D.	Menores de edad .....	826–833	456
	1. Motivos y otras consideraciones relativas a la decisión de expulsión .....	826–831	456
	2. Requisitos de procedimiento .....	832–833	458
E.	Refugiados .....	834–883	458
	1. Motivos y otras consideraciones relativas a la decisión de expulsión .....	834–851	458
	a) Motivos .....	834–848	458
	b) Consideraciones de derechos humanos .....	849–851	462
	2. Destino .....	852–874	463
	a) Consideración de la admisibilidad en un Estado distinto del de origen .....	852–853	463
	b) El principio de no devolución .....	854–862	463
	i) Contenido del principio .....	854–859	463
	ii) Refugiados que se encuentran ilegalmente en el territorio de un Estado .....	860–862	465
	c) Excepciones al principio de no devolución en los tratados internacionales .....	863–866	467
	d) La inderogabilidad del principio de no devolución según los tratados internacionales y el derecho consuetudinario .....	867–872	469
	i) Convención de la OUA que regula los aspectos propios de los problemas de los refugiados en África .....	867	469
	ii) Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes .....	868	469
	iii) Aplicación absoluta del principio de no devolución en relación con la tortura de refugiados .....	869–870	469
	iv) Reconocimiento de la inderogabilidad del principio de no devolución en relación con los refugiados dentro de las Naciones Unidas .....	871–872	470
	e) Naturaleza del principio de no devolución .....	873–874	471
	3. Requisitos de procedimiento .....	875–877	472
	4. Salida .....	878–883	474
	a) Posibilidad de solicitar la admisión en otro Estado .....	878–882	474
	b) Detención .....	883	475

F.	Personas apátridas .....	884-891	475
1.	Motivos y otras consideraciones relativas a la decisión de expulsión .....	884-887	475
2.	Requisitos de procedimiento .....	888-889	477
3.	Salida .....	890-891	477
G.	Ex nacionales .....	892-916	478
1.	Privación de nacionalidad .....	894-908	479
a)	Reducción de la apatridia .....	897-898	480
b)	Prohibición de la arbitrariedad .....	899-901	482
c)	Principio de no discriminación .....	902-903	484
d)	Evasión de obligaciones internacionales .....	904	485
e)	Privación masiva de la nacionalidad .....	905-906	486
f)	Derecho interno .....	907-908	488
2.	Motivos y otras consideraciones relativas a la decisión de expulsión .....	909-916	489
a)	Motivo .....	909	489
b)	Destino .....	910-916	489
i)	Expulsión del Estado de la anterior nacionalidad .....	910	489
ii)	Expulsión por un tercer Estado .....	911-916	489
H.	Extranjeros enemigos .....	917-956	493
1.	Privación de la nacionalidad .....	918-926	494
2.	Motivos y otras consideraciones relativas a la decisión de expulsión .....	927-938	499
a)	Motivos .....	927-928	499
b)	Consideraciones de derechos humanos .....	929-938	500
i)	Derechos de la familia .....	932	502
ii)	Derechos de propiedad .....	933-938	503
3.	Requisitos de procedimiento .....	939	510
4.	Salida .....	940-950	510
a)	Salida voluntaria .....	940	510
b)	Deportación .....	941-949	511
i)	Trato humano .....	941-946	511
ii)	Razonable oportunidad para proteger los bienes e intereses análogos .....	947-949	513
c)	Detención .....	950	514

5.	Expulsión en masa .....	951–954	515
6.	Legislación y jurisprudencia nacionales .....	955–956	519
XI.	Recursos contra la expulsión ilícita de extranjeros .....	957–983	519
A.	Formas de reparación .....	960–977	520
1.	Restitución .....	962–966	521
2.	Indemnización .....	967–975	522
3.	Satisfacción .....	976–977	525
B.	Carga de la prueba .....	978–983	526
XII.	Expulsión colectiva y expulsión en masa .....	984–1020	527
A.	Introducción .....	984–986	527
B.	Expulsión individual, expulsión colectiva y expulsión en masa .....	987–995	528
1.	Expulsión individual .....	988–989	528
2.	Expulsión colectiva .....	990–992	529
3.	Expulsión en masa .....	993–995	530
C.	Expulsión colectiva .....	996–1009	530
D.	Expulsión colectiva por motivos discriminatorios .....	1010	533
E.	Expulsión en masa .....	1011–1013	534
F.	Expulsión en masa por motivos discriminatorios .....	1014–1017	534
G.	Posibles excepciones de la prohibición de la expulsión en masa .....	1018–1020	536
1.	Ex nacionales de un Estado cuyo territorio haya cambiado .....	1019	536
2.	Nacionales enemigos durante un conflicto armado .....	1020	537
Anexos			
I.	Bibliografía selecta .....		538
II.	Lista de abreviaturas: legislación nacional .....		612

## I. Introducción

1. El presente estudio ha sido elaborado por la Secretaría a petición de la Comisión de Derecho Internacional<sup>1</sup> y su objetivo es proporcionar un análisis completo de los aspectos cuyo examen puede resultar necesario en el contexto del tema tratado. También contiene un resumen analítico de los antecedentes jurídicos pertinentes que figuran en el derecho de los tratados, la jurisprudencia internacional y otros instrumentos internacionales, así como en la legislación y jurisprudencia nacionales. Para facilitar la consulta, el presente estudio reproduce los extractos de interés de dichos antecedentes jurídicos.

2. La expulsión de extranjeros es una materia que afecta a distintos ámbitos del derecho internacional, entre los que figuran la soberanía territorial, la nacionalidad, la inmigración, el trato a los extranjeros, los trabajadores migratorios, los refugiados, los apátridas, los derechos humanos y los derechos de la familia y de los niños. También es necesario tomar en consideración el *jus in bello*, en particular el derecho internacional humanitario y las normas de derechos humanos, en lo relativo a la expulsión de extranjeros en tiempo de conflicto armado. La dificultad a la hora de abordar esta materia reside en examinar las normas pertinentes de los distintos ámbitos del derecho internacional con vistas a estudiar la posibilidad de elaborar un conjunto coherente de normas que regulen los aspectos esenciales de la expulsión de los extranjeros con arreglo al derecho internacional contemporáneo.

3. A este respecto, puede resultar especialmente útil tomar en consideración la práctica seguida por distintas organizaciones internacionales, incluidas las organizaciones regionales, y por otros organismos y órganos encargados de supervisar la aplicación de tratados que se ocupan de determinados aspectos de la expulsión de extranjeros, tales como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el Comité de Derechos Humanos, el Comité de los Derechos del Niño, el Comité contra la Tortura, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, la Organización Internacional del Trabajo, la Organización Internacional para las Migraciones, el Consejo de Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y los Tratos o Penas Inhumanos o Degradantes, la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la Organización de los Estados Americanos, la Corte Centroamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Unión Africana y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Esta lista no pretende ser exhaustiva.

4. La expulsión de extranjeros es una cuestión que ha sido tratada en cierta medida en varias convenciones, incluidos acuerdos de carácter regional y bilateral. Estos tratados abordan determinados aspectos de la expulsión de los extranjeros desde distintas perspectivas. No hay ningún instrumento internacional que regule completamente todos los aspectos de la materia.

5. La expulsión de los extranjeros es un tema que, por su naturaleza, también ha sido tratado por los Estados en sus leyes internas, resoluciones judiciales o

---

<sup>1</sup> Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 57º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Suplemento No. 10* (A/60/10), párr. 250.

decisiones administrativas. La recopilación de los antecedentes jurídicos nacionales para el presente estudio ha conllevado ciertas dificultades. La Secretaría recibió legislación nacional pertinente de unos pocos Estados. En la mayor parte de los casos, sin embargo, recopiló la legislación y las resoluciones judiciales nacionales a partir de fuentes secundarias, con la intención de reflejar los puntos de vista y las prácticas de Estados que representaran a diferentes sistemas jurídicos y regiones del mundo. Así, la Secretaría ha analizado la normativa de 49 Estados y la jurisprudencia nacional de 39 Estados. El estudio refleja el derecho o la jurisprudencia nacionales de casi 70 Estados. En muchos casos no ha sido posible verificar si los materiales recopilados estaban completos o si con posterioridad habían sido modificados, enmendados o reemplazados por otros en algún aspecto. En este sentido, es realmente notable el número de Estados que han modificado recientemente o están estudiando la posibilidad de modificar su derecho nacional o su política en materia de expulsión de extranjeros como consecuencia de la creciente preocupación por el terrorismo internacional.

## II. Contexto general

6. La expulsión de extranjeros afecta a miles de personas cada año. Es difícil obtener estadísticas precisas sobre los casos de expulsión a escala mundial. Los individuos que son objeto de expulsión proceden de distintas regiones del mundo, viajan a distintos países y tienen distintos motivos para abandonar su país de origen y para elegir su país de destino. Son hombres, mujeres y niños de todas las edades; hablan distintos idiomas; pertenecen a distintas etnias, razas y religiones; tienen distinto nivel de educación y pueden ser tanto ejecutivos de sociedades multinacionales y profesionales altamente cualificados como trabajadores sin cualificación. En algunos casos, las expulsiones ilícitas conllevan importantes pérdidas de carácter patrimonial o económico para los afectados<sup>2</sup>. Este heterogéneo grupo de personas tiene una cosa en común: han viajado a un país extranjero donde ya no son bienvenidas. Muy probablemente, la expulsión de extranjeros acontecerá con una frecuencia cada vez mayor en la medida en que las migraciones internacionales continúen aumentando.

7. Las migraciones internacionales se han incrementado significativamente en los últimos 50 años por distintos motivos y se prevé que esta tendencia se mantendrá en el futuro, como se explica a continuación:

“Desde 1965, el número de migrantes internacionales se ha duplicado. En el año 2000 había aproximadamente 175 millones de migrantes en todo el mundo. Por tanto, aproximadamente el 2,59% de la población mundial —es decir, una de cada 35 personas— son migrantes. Existen múltiples razones para ello: la desaparición de los obstáculos políticos a la circulación que tradicionalmente existían, la implantación de sistemas de comunicación de

<sup>2</sup> “*Expulsión ilícita*. En tres pequeñas reclamaciones seleccionadas como ‘asuntos piloto’, cada Sala examinó el derecho internacional aplicable a las pérdidas patrimoniales derivadas de expulsiones de extranjeros (como se señaló anteriormente, la competencia del Tribunal a efectos de estas reclamaciones se limita a las pérdidas patrimoniales). Estos asuntos son importantes para la gestión por parte del Tribunal de la inmensa lista de pequeñas reclamaciones, dado que quizá dos tercios de ellas se refieren a pérdidas patrimoniales supuestamente derivadas de expulsiones ilegales de Irán; en otros asuntos también se presentan cuestiones relacionadas con la expulsión”. John R. Crook, “Applicable law in international arbitration: The Iran-U.S. Claims Tribunal experience”, *American Journal of International Law*, vol. 83, 1989, págs. 278 a 311, en especial pág. 308.



ámbito mundial, así como el hecho de que los medios de transporte modernos sean relativamente baratos, por citar sólo algunas. Es muy poco probable que alguna de estas tendencias se invierta en un futuro próximo. De ahí que los encargados de elaborar políticas y los expertos académicos se interesen cada vez más en el fenómeno de la migración internacional.”<sup>3</sup>

8. Otros factores como la globalización de la economía mundial y la disparidad de los niveles de vida y de seguridad humana en distintos lugares del mundo contribuyen también al fenómeno de la migración internacional:

“El proceso de mundialización ha transformado el mundo. Los Estados, sociedades, economías y culturas de las diversas regiones del mundo se van unificando y dependen cada vez más unos de otros. Las nuevas tecnologías permiten la transferencia rápida de capital, bienes, servicios, información e ideas de un país o continente a otro. La economía mundial se está expandiendo y ofrece a millones de hombres, mujeres y niños mejores oportunidades de vida. Sin embargo, los efectos de la mundialización han sido desiguales y las disparidades en el nivel de vida y en la seguridad humana son cada vez mayores en las distintas partes del mundo.

Una importante consecuencia de estas diferencias crecientes ha sido el aumento de la magnitud y el alcance de las migraciones internacionales. Según la División de la Población de las Naciones Unidas, el número de migrantes internacionales hoy asciende a casi 200 millones, lo cual equivale a la población del Brasil, quinto país más poblado del mundo. Esta cifra es más del doble de la registrada en 1980, hace tan solo 25 años. Los migrantes ahora se encuentran en todo el mundo. Algunos de ellos se trasladan dentro de su propia región y otros viajan de una parte del mundo a otra. Casi la mitad del número total de migrantes son mujeres, que migran en proporciones crecientes de modo independiente.”<sup>4</sup>

9. El informe de la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales de 2005 contiene datos sobre la migración internacional basados en la información más reciente de que se dispone, que ha sido facilitada por el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas, el Banco Mundial, la Organización Internacional para las Migraciones, la Organización Internacional del Trabajo y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. En el informe figuran los siguientes datos sobre el número de migrantes internacionales:

- Son casi 200 millones los migrantes internacionales en 2005, excluyendo a los que han vivido fuera de su país por menos de un año e incluyendo a 9,2 millones de refugiados
- Esta cifra corresponde a la población del quinto país más grande, el Brasil
- Una de cada 35 personas, o el 3% de la población del mundo, es migrante internacional

<sup>3</sup> Alexander T. Aleinikoff y V. Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003, pág. vii.

<sup>4</sup> *Las migraciones en un mundo interdependiente: nuevas orientaciones para actuar*, informe de la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, octubre de 2005, sinopsis, pág. 1, párrs. 1 y 2.

- Las cifras aumentan rápido: en 1970 había 82 millones de migrantes internacionales, 175 millones en 2000 y casi 200 millones hoy en día<sup>5</sup>.
10. El referido informe también contiene la siguiente información sobre las mujeres migrantes:
- Prácticamente la mitad de los migrantes internacionales son mujeres (48,6%)
  - Aproximadamente el 51% de las mujeres migrantes vive en países desarrollados y el 49% en países en desarrollo
  - Hay más mujeres que hombres migrantes en América Latina y el Caribe, América del Norte, Oceanía, Europa y la ex Unión Soviética<sup>6</sup>.
11. En cuanto a los principales países de origen de los migrantes, el citado informe de la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales indica que:
- 35 millones de ciudadanos de China viven en el exterior
  - 20 millones de ciudadanos de la India viven en el exterior
  - 7 millones de ciudadanos de Filipinas viven en el exterior<sup>7</sup>.
12. En el informe citado figuran los siguientes datos sobre el destino de los migrantes:
- En Europa (incluidos los ex Estados soviéticos del Este europeo) hay 56,1 millones de migrantes, lo que representa el 7,7% de la población europea
  - En Asia hay 49,9 millones, lo que supone el 1,4% de la población asiática
  - En América del Norte hay 40,8 millones, lo que representa el 12,9% de la población de América del Norte
  - En África hay 16,3 millones, lo que supone el 2% de la población africana
  - En América Latina hay 5,9 millones, lo que representa el 1,1% de la población de América Latina
  - En Australia hay 5,8 millones, lo que supone el 18,7% de la población australiana<sup>8</sup>.
13. Asimismo, el informe de la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales indica que en 2000 los países anfitriones más importantes fueron:
- Los Estados Unidos, donde hay 35 millones de migrantes o el 20% del total mundial
  - La Federación de Rusia, con 13,3 millones, es decir, el 7,6% del total mundial
  - Alemania, que tiene 7,3 millones o el 4,2% del total mundial
  - Ucrania, donde hay 6,9 millones o el 4,0% del total mundial
  - La India, con 6,3 millones de migrantes, o sea, el 3,6% del total mundial

---

<sup>5</sup> Ibid., pág. 88.

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Ibid., págs. 88 y 89.

<sup>8</sup> Ibid., pág. 88.

- Los migrantes representan más del 60% de la población total en Andorra, la Región Administrativa Especial de Macao (República Popular China), Guam, la Santa Sede, Mónaco, Qatar y los Emiratos Árabes Unidos<sup>9</sup>.

14. En el informe a que se viene haciendo alusión se mencionan los siguientes cambios en la distribución de los migrantes:

- De 1980 a 2000, el número de migrantes en los países desarrollados pasó de 48 millones a 110 millones, mientras que en los países en desarrollo esta cifra ascendió de 52 millones a 65 millones
- En la actualidad, alrededor de 60% de los migrantes del mundo viven en países desarrollados
- En 1970, los migrantes representaban el 10% de la población en 48 países; en 2000, representaban el 10% de la población en 70 países
- De 1970 a 2000, la proporción de migrantes de todo el mundo que vivían en América del Norte ascendió del 15,9% al 22,3% y en la ex URSS, del 3,8% al 16,8%
- De 1970 a 2000, la proporción de migrantes de todo el mundo que vivían en otras regiones disminuyó: del 34,5% al 25% en Asia; del 12% al 9% en África; del 7,1% al 3,4% en América Latina y el Caribe; del 22,9% al 18,7% en Europa y del 3,7% al 3,1% en Oceanía<sup>10</sup>.

15. El informe de la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales ofrece los siguientes datos sobre el alcance del problema de los migrantes irregulares o ilegales:

- Se estima que cada año entre 2,5 millones y 4 millones de migrantes cruzan fronteras internacionales sin autorización
- Al menos 5 millones de los 56,1 millones de migrantes de Europa en 2000 se encontraban en situación irregular (10%)
- Se estima que alrededor de 500.000 migrantes indocumentados llegan a Europa cada año
- Se estima que 10 millones de migrantes viven en los Estados Unidos en situación irregular
- Se estima que el 50% de la población nacida en México que vivía en los Estados Unidos en 2000 se encontraba en situación irregular (4,8 millones)
- Alrededor de 20 millones de migrantes en situación irregular viven en la India
- Cada año entre 600.000 y 800.000 personas son víctimas de la trata de seres humanos
- Los responsables del tráfico ilícito de migrantes y de la trata de seres humanos realizan un beneficio estimado de 10.000 millones de dólares por año<sup>11</sup>.

16. Asimismo, el informe en cuestión también ofrece datos sobre el número de refugiados y solicitantes de asilo:

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> Ibid., pág. 89.

<sup>11</sup> Ibid., pág. 90.

- 6,5 millones de los 9,2 millones de refugiados del mundo viven en países en desarrollo
- De 2000 a 2004, la población mundial de refugiados disminuyó un 24%
- Los refugiados representan el 23% de los migrantes internacionales en Asia; el 22% en África y el 5% en Europa
- El Pakistán recibe el mayor número de refugiados; un poco más de 1 millón (11% del total mundial)
- De 1994 a 2003, unos 5 millones de personas solicitaron asilo en los países industrializados; el estatuto de refugiado (o equivalente) se otorgó a 1,4 millones de ellos (28%)
- En 2004, se presentaron 676.000 solicitudes de asilo en 143 países; lo cual representa una disminución del 19% desde 2003, año en que se presentaron 830.300 solicitudes
- En 2004, se reasentaron 83.000 refugiados, principalmente en los Estados Unidos (53.000), Australia (16.000) y el Canadá (10.000)<sup>12</sup>.

17. En el informe de la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales se reconoce el vínculo entre las migraciones y los problemas de seguridad partiendo de fenómenos como los recientes incidentes violentos protagonizados por migrantes y el terrorismo internacional.

“El vínculo entre migraciones y seguridad se ha convertido en un tema aún más preocupante para la comunidad internacional. Los recientes actos de violencia perpetrados por migrantes y miembros de grupos minoritarios han generado la opinión de que existe un vínculo estrecho entre migraciones internacionales y terrorismo internacional. Las migraciones irregulares, que en muchas partes del mundo están aumentando, son consideradas por los políticos y el público como una amenaza para la soberanía y la seguridad del Estado. En toda una serie de países de destino, las sociedades anfitrionas temen cada vez más la presencia de comunidades migrantes, en particular aquellas con culturas desconocidas y procedentes de regiones del mundo asociadas con el extremismo y la violencia.”<sup>13</sup>

18. La presencia de un gran número de extranjeros tiene consecuencias significativas para los países de destino, como se señala a continuación:

“Sin embargo, en los países de destino la migración tiene en gran medida connotaciones negativas. Frecuentemente los trabajadores nacionales ven a los migrantes como competidores; se les culpa por el aumento de la delincuencia; en caso de recesión son los primeros en perder sus trabajos y suponen una carga para los sistemas de seguridad social; se dice incluso que la identidad cultural de la población local corre peligro si existen demasiados inmigrantes. Se considera que los movimientos desordenados y que causan trastornos suponen una amenaza para el orden y la estabilidad internos. Y lo que es peor, desde el 11 de septiembre de 2001 se tacha a los migrantes de posibles terroristas. La situación se ve agravada por las reticencias de algunos países de origen a readmitir a sus propios ciudadanos y por la supuesta tolerancia de

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> *Ibid.*, párr. 23. Véase, por ejemplo, Mark Landler, “France prepares to deport foreigners guilty of rioting”, *The New York Times*, 10 de noviembre de 2005, pág. A12.

esos mismos Estados para con actividades de contrabando y trata de seres humanos.”<sup>14</sup>

19. No existe ningún régimen jurídico internacional general que regule la migración internacional ni ninguna institución regional o multilateral que se ocupe con carácter general de las cuestiones relacionadas con la migración internacional, incluida la expulsión. En relación con la falta de tales acuerdos o instituciones y la creciente necesidad de que, en el futuro, la migración internacional se aborde con criterios internacionales más coordinados se han expresado las opiniones que a continuación se reproducen.

“Ello no significa que no haya tratados internacionales que se ocupen de la migración. Por el contrario, hay muchos acuerdos y convenios bilaterales, regionales y multilaterales que tienen por objeto disciplinar ciertos aspectos de la migración, en particular en la esfera humanitaria. Algunas de esas normas funcionan satisfactoriamente, mientras que otras no se aplican en su integridad. No obstante, en ciertos ámbitos no existen normas o directrices que regulen la cooperación interestatal.

Con la excepción de la Unión Europea y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de la Organización Mundial del Comercio (OMC) dentro de su limitado alcance, no hay ninguna institución regional o multilateral que se ocupe de manera general de las relaciones entre los Estados o intente ordenar el sinfín de convenios, acuerdos, directrices y prácticas óptimas en materia de migración. No hay ningún sistema mundial que ordene los movimientos, los gestione de forma cooperativa e integre criterios como la eficiencia, la equidad y el respeto de los intereses de los países de origen, tránsito y destino. Tampoco existe ningún acuerdo marco como la OMC que establezca normas mínimas a las que deban ajustarse los actos unilaterales o acuerdos bilaterales.

Dada la importancia de las cuestiones en juego, cabe preguntarse por los motivos de esta situación. Es indudable que el principal es la soberanía estatal; se considera que la migración es un tema demasiado sensible como para regularlo mediante instrumentos multilaterales vinculantes. Es comprensible que los gobiernos deseen mantener sus facultades soberanas y que las organizaciones internacionales competentes en materia de migración sean reacias a ceder algunas de sus responsabilidades en favor de marcos generales sobre la migración.

La falta de coordinación en materia de migración puede haber funcionado bien hasta ahora. Sin embargo, si no aumenta la cooperación y se crean asociaciones entre los países afectados, la migración irregular seguirá aumentando y fomentando percepciones negativas hacia los extranjeros que acabarán perpetuándose. Las consecuencias de esa evolución pueden afectar a las relaciones entre los Estados y al delicado equilibrio de los regímenes internacionales comercial y financiero y la seguridad mundial.

Aunque quienes formulan las políticas son cada vez más conscientes de que las medidas nacionales no bastan para abordar el fenómeno migratorio y el problema se discute cada vez más a nivel internacional, hasta ahora no ha existido ninguna iniciativa de amplio alcance para entablar un diálogo entre los países de origen, tránsito y destino sobre el tema de las migraciones en

---

<sup>14</sup> Alexander T. Aleinikoff y V. Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003, pág. vii.

toda su extensión. Esta situación no deja de ser sorprendente. Aunque es cierto que los países de origen, tránsito y destino tienen intereses distintos, también comparten muchas preocupaciones. Una mejor ordenación de la migración a nivel internacional redundaría en beneficio no sólo de todas las partes interesadas, sino también, y lo que es más importante, de los propios migrantes.”<sup>15</sup>

20. Los días 14 a 16 de septiembre de 2005 se celebró en la Sede de las Naciones Unidas la Cumbre Mundial 2005, en la que participaron numerosos Jefes de Estado y de Gobierno. El Documento Final de la Cumbre Mundial reconoce la necesidad de ocuparse de los problemas y las oportunidades que plantea la migración y dispone la celebración en 2006 de un diálogo de alto nivel de la Asamblea General sobre la migración internacional<sup>16</sup>.

21. Tal vez convenga tener en cuenta estos antecedentes al examinar las cuestiones relacionadas con la expulsión de extranjeros.

### III. Alcance del tema

22. Hay una serie de cuestiones que tal vez habría que examinar en relación con el alcance del tema, a saber: 1) la noción de extranjero; 2) la noción de presencia de un extranjero en el territorio de otro Estado; 3) la noción de expulsión por el Estado territorial; 4) la distinción entre las expulsiones individuales y las expulsiones en masa; 5) la expulsión de extranjeros en épocas de conflictos armados; 6) la pertinencia del derecho de los tratados, y 7) la pertinencia del derecho y la práctica nacionales.

#### A. La noción de extranjero

##### 1. Extranjeros en general

23. La primera cuestión que debería considerarse al determinar el alcance del tema es la noción de extranjero.

“La primera condición, y la más general, para restringir la facultad de expulsar es que su ejercicio se limite a los extranjeros. Esa limitación surge de la naturaleza de la relación jurídica que existe entre el Estado expulsor y el Estado del que el extranjero es nacional. Por lo tanto, la obligación de un Estado de recibir a sus nacionales que han sido expulsados de otro Estado ha sido descrita como el corolario del “derecho” de expulsión ...”<sup>17</sup>

24. Se entiende en general que un extranjero es una persona natural<sup>18</sup> que no es nacional del Estado en el que se encuentra<sup>19</sup>. Puede tratarse de un nacional de otro

<sup>15</sup> *Ibid.*, pág. viii.

<sup>16</sup> Véase la resolución 60/1 de la Asamblea General, Documento Final de la Cumbre 2005, 16 de septiembre de 2005, párr. 61.

<sup>17</sup> Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 201.

<sup>18</sup> “*Stricto sensu*, una sociedad mercantil extranjera no es un extranjero”, Rainer Arnold, “Aliens”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 102 a 107, en especial pág. 102.

<sup>19</sup> “Llamar extranjero a una persona es clasificarla según su condición jurídica ... El elemento importante ... es que la persona que vive en un Estado determinado no tiene la nacionalidad de ese Estado”, Andreas Hans Roth *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*,

Estado o de un apátrida<sup>20</sup>. La determinación de cualquier cuestión jurídica con respecto a la nacionalidad de una persona dependería de las normas aplicables del derecho nacional y el derecho internacional<sup>21</sup>. Esas normas han sido examinadas por la Comisión de Derecho Internacional al estudiar otros temas<sup>22</sup>.

25. A los fines del presente tema, quizá baste señalar que esas cuestiones pueden surgir especialmente en relación con la expulsión de personas que poseen nacionalidad doble<sup>23</sup> o múltiple<sup>24</sup>, o de ex nacionales. A ese respecto, cabe recordar el laudo parcial de la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, en el que se decidió que Etiopía había violado el derecho internacional al expulsar sin razón a

---

Tesis, Université de Genève/Institut universitaire de hautes études internationales, La Haya, A. W. Sihthoff's Uitgeversmaatschappij N.V., 1949, págs. 32 y 33 (se omiten las citas).

<sup>20</sup> Karl Doehring, "Aliens, Expulsion and Deportation", en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 109 a 112, en especial pág. 110.

<sup>21</sup> "El derecho de un Estado de determinar quiénes son y quiénes no son sus nacionales constituye un elemento esencial de su soberanía. Ese derecho está reconocido por la teoría y la práctica", Paul Weis, *Nationality and Statelessness in International Law*, 2ª ed., Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1979, pág. 65. "El derecho de un Estado de determinar, por medio de la nacionalidad, qué personas deberán estar sujetas a él en razón de los derechos y obligaciones que impone una ciudadanía incumbe a su jurisdicción interna, a menos que el otorgamiento o la privación de esa ciudadanía tenga un aspecto internacional por sus efectos sobre otros Estados", Hurst Hannum, *The Right to Leave and Return in International Law and Practice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, pág. 60. "Como regla general, el derecho internacional deja librado a la discrecionalidad de cada Estado establecer quiénes son sus nacionales, pero esa discrecionalidad del Estado puede ser limitada por tratados, por ejemplo, los tratados para la eliminación de la apatridia. Incluso en el derecho consuetudinario, la discrecionalidad de los Estados no es absolutamente ilimitada ..." Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7ª ed. rev., Londres/Nueva York, Routledge, 1997, pág. 263. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, pág. 373 y sigs.; y Sir Robert Y Jennings. "International Law", en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 2, 1995, págs. 1159 a 1178, en especial pág. 1175.

<sup>22</sup> Véase *La Comisión de Derecho Internacional y su obra*, 6ª ed., Nueva York, Naciones Unidas, vol. I, págs. 109 a 114 y 190 a 194.

<sup>23</sup> Véase K. C. Kotecha, "The Shortchanged: Uganda Citizenship Laws and How They Were Applied to its Asian Minority", *International Lawyer*, vol. 9, 1975, págs. 1 a 29, en especial págs. 2 y 3 (se omiten las citas). El autor señala lo siguiente: "En un discurso pronunciado el 19 de agosto de 1972 fuera de la capital del país, el Presidente [de Uganda] dijo: "Pero no sólo expulsaré a los asiáticos (en referencia a los asiáticos que no eran nacionales), sino a *todos* los asiáticos, sin importar su nacionalidad". Para el 23 de agosto, sin embargo, en parte en respuesta a las protestas de la comunidad internacional, había cedido. En un telegrama incoherente al Presidente de la República Unida de Tanzania explicó que sus órdenes de expulsión no se aplicaban a los asiáticos que eran nacionales de Uganda. El Presidente modificó cuidadosamente su declaración al agregar, en el mismo telegrama, que "En una segunda etapa, más adelante, se intimará a salir del país a los asiáticos que pretendan tener ciudadanía ugandesa, que la hayan obtenido mediante actos de corrupción o falsificaciones o que tengan doble nacionalidad". Su representante ante las Naciones Unidas, el Sr. Wapenyi, había asegurado ese mismo día a los Estados Miembros que se permitiría seguir residiendo en el país a todas las personas que hubieran obtenido la nacionalidad ugandesa "con independencia de su color, *siempre y cuando* sus documentos no fueran falsos". Para un análisis de la expulsión de Uganda de los asiáticos con doble nacionalidad en 1972, véase John L. III Bonee, "Caesar Augustus and the Flight of the Asians: the International Legal Implications of the Asian Expulsion from Uganda during 1972", *International Lawyer*, vol. 8, No.1, 1974, págs. 136 a 159, en especial págs. 140 y 145.

<sup>24</sup> Para un análisis general de la nacionalidad doble o múltiple, véase Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim's International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, págs. 882 a 886.

personas con doble nacionalidad<sup>25</sup>. También cabe destacar la causa *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo)*, en trámite ante la Corte Internacional de Justicia<sup>26</sup>. Esas cuestiones también han sido abordadas por las leyes internas de los Estados<sup>27</sup>.

## 2. Categorías específicas de extranjeros

26. El derecho que rige la expulsión de extranjeros se elaboró en un primer momento en relación con el concepto de los extranjeros en general como parte de la esfera más amplia del derecho internacional que rige el tratamiento de los extranjeros, incluidos los extranjeros ilegales y los extranjeros residentes. El desarrollo de las normas internacionales de derechos humanos relativa a todas las personas, así como los derechos de categorías específicas de personas físicas, ha conducido a que se refinaran más algunos requisitos de la expulsión de extranjeros en general, así como otros requisitos para categorías específicas de extranjeros como los extranjeros ilegales, los extranjeros residentes, los trabajadores migratorios y sus familiares, los niños menores, los refugiados y los apátridas<sup>28</sup>.

27. Se discute si el alcance del tema debería limitarse a las normas de derecho internacional que rigen la expulsión de extranjeros en general o si debería ampliarse para incluir las otras normas de derecho internacional que regulan la expulsión de categorías específicas de extranjeros. Adoptar el criterio más limitado del tema sería menos complicado y más expeditivo al centrarse en las normas jurídicas que regulan la expulsión de extranjeros en general, que existen hace tiempo y se encuentran, en muchos aspectos, relativamente consagradas. El criterio más amplio significaría establecer un régimen amplio para la expulsión de distintas categorías de extranjeros al incluir tanto las normas generales que se aplican a todos los extranjeros como otras normas relativas a categorías específicas de extranjeros, en su caso. Este criterio sería más complicado e insumiría más tiempo, dado que requeriría el examen de las normas pertinentes de otras esferas del derecho internacional que rigen el tratamiento de

<sup>25</sup> “*Findings on Liability for Violation of International Law* [...] 7. Por permitir que las autoridades locales expulsaran por la fuerza a Eritrea a un número desconocido, pero considerable, de personas con doble nacionalidad, por razones que no pueden establecerse ...”, *Partial Award, Civilians Claims, Eritrea’s Claims 15, 16, 23 & 27 a 32*, Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, La Haya, 17 de diciembre de 2004, párr. 160 E.

<sup>26</sup> En su solicitud la República de Guinea expresó la opinión siguiente: “En este caso, no puede haber duda de que la verdadera nacionalidad del Sr. Diallo es Guinea, y ello queda confirmado por el hecho de que la República Democrática del Congo lo expulsó a Guinea, lo que muestra que es más guineo que congoleño”, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Corte Internacional de Justicia, solicitud para incoar un proceso, presentada en la Secretaría de la Corte el 28 de diciembre de 1998, Lista General, No. 103, 1998, pág. 33.

<sup>27</sup> Por ejemplo, en lo que respecta a las personas que tienen doble nacionalidad, las leyes de Belarús y Polonia consideran que un extranjero con doble nacionalidad es nacional del Estado que expidió los documentos de viaje presentados por el extranjero al cruzar la frontera (Belarús, Ley de 1993, artículo 1, y Polonia, Ley No. 1175 de 2003, artículo 5). Nigeria aplica controles migratorios a los nigerianos con doble nacionalidad que prefieren ser considerados nacionales del otro Estado, aunque el Ministerio competente puede eximir a cualquier “persona o clase de personas” de cumplir con esos requisitos (Nigeria, Ley de 1963, artículo 37 2 a) y 3)).

<sup>28</sup> “Puede ser útil establecer una definición de expulsión y distinguirla de otras medidas que el Estado puede adoptar en relación con las personas. Ello no significa excluir la posibilidad de que algunas normas relativas a la expulsión también se apliquen con respecto a otras medidas, ni significa que todos los casos de expulsión se encuadren necesariamente en un único y mismo régimen”, Giorgio 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 pág. 289.



categorías específicas de extranjeros. Además, es posible que esas normas más recientes no se encuentren tan plenamente desarrolladas ni tan bien establecidas.

### 3. Extranjeros con privilegios e inmunidades especiales

28. Existen otras categorías de extranjeros que gozan de privilegios e inmunidades especiales y que, por lo tanto, pueden estar exentos de la expulsión, como los diplomáticos, los funcionarios consulares, los miembros de misiones especiales y los funcionarios de la administración pública internacional<sup>29</sup>. Sin embargo, la presencia de esos extranjeros podría ser contraria a los intereses del Estado territorial. En ese caso puede solicitarse al extranjero que abandone el territorio del Estado. La expulsión de esos extranjeros constituye un caso especial regulado por un régimen jurídico distinto (*lex specialis*) y no por las normas de derecho internacional que rigen la expulsión de extranjeros<sup>30</sup>. Sin embargo, el incumplimiento de los requisitos necesarios para mantener su condición especial o el incumplimiento de los procedimientos especiales<sup>31</sup> para la salida forzosa de dichos extranjeros en un plazo razonable podría tener como consecuencia la aplicación de las leyes ordinarias de inmigración relativas a la expulsión de extranjeros. Cabe señalar a este respecto la causa iniciada por el Commonwealth de Dominica contra Suiza ante la Corte Internacional de Justicia. En la causa se plantea si un diplomático acreditado ante una organización internacional puede ser expulsado por el país anfitrión por haber realizado actividades ajenas a la función diplomática. El caso se está tramitando en la Corte<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> Por ejemplo, el Reino Unido exime de ser expulsadas a las siguientes categorías de extranjeros: 1) los diplomáticos, los miembros de sus familias, las personas que forman parte de su hogar y las personas que, como los agentes diplomáticos, tienen derecho a una inmunidad similar (Reino Unido, Ley de 1971, artículo 8 3); 2) los funcionarios consulares (que no sean funcionarios consulares honorarios) (Reino Unido, Orden de 1972, artículo 4 h) a j)); 3) los funcionarios de gobiernos extranjeros que se encuentren de visita por razones oficiales (Reino Unido, Orden de 1972, artículo 4 a)), y 4) los funcionarios y empleados de ciertas organizaciones y tribunales internacionales (Reino Unido, Orden de 1972, artículo 4 b) a d)).

<sup>30</sup> “Existen normas específicas para los extranjeros que tienen rango diplomático y que, dado que esas normas constituyen un cuerpo bastante diferenciado, se examinan en otro lugar”, Rainer Arnold, “Aliens”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 102 a 107, en especial pág. 102.

<sup>31</sup> Por ejemplo, en relación con la condición especial de los diplomáticos, Brasil autoriza la expulsión de los diplomáticos o funcionarios extranjeros que realizan un trabajo remunerado para cualquier entidad que no sea el Estado extranjero (Brasil, Ley de 1980, artículos 56 y 103). En cuanto a los procedimientos especiales, China autoriza la expulsión de un extranjero que: 1) ha perdido su condición de diplomático o funcionario consular por haber sido declarado persona *non grata* o inaceptable “de conformidad con los tratados internacionales pertinentes, así como con las Reglamentaciones de la República Popular China sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Diplomáticos”; y 2) no abandonaran China en el plazo especificado, sin que exista justa causa para esa demora (China, Disposiciones de 1998, artículo 336 y Disposiciones de 1992, artículos I iv) y II v)).

<sup>32</sup> El 26 de abril de 2006 el Commonwealth de Dominica inició una causa contra Suiza ante la Corte Internacional de Justicia. La demandante sostiene que Suiza violó las normas de derecho internacional aplicables al negar al enviado diplomático de Dominica ante las Naciones Unidas el derecho de permanecer en Suiza como diplomático basándose en que era un hombre de negocios y que, como tal, no tendría derecho a ser diplomático. Véase *Proceedings instituted by the Commonwealth of Dominica (Dominica v. Switzerland)*, Corte Internacional de Justicia, solicitud para incoar un proceso relativo a la violación de las normas sobre relaciones diplomáticas, presentada en la Secretaría de la Corte el 26 de abril de 2006, Lista General 2006 No. 134.

a) **Diplomáticos**

29. Se puede declarar persona *non grata* a un diplomático y exigirle que abandone el Estado de conformidad con las normas de derecho internacional que rigen las relaciones diplomáticas.

“Una vez admitido, el agente diplomático goza de inviolabilidad personal e inmunidad general en el fuero penal y, en la mayoría de los casos, en el fuero civil y administrativo. Por lo tanto, no está sujeto a las normas que exigen el registro de los extranjeros ni puede ser deportado. Sin embargo, el Estado receptor puede declarar al jefe de la misión, o a cualquier miembro del personal diplomático, persona *non grata* en cualquier momento. El Estado acreditante está entonces obligado a retirar a esa persona o a poner término a sus funciones en la misión. Si se niega a hacerlo o no actúa dentro de un plazo razonable, el Estado receptor puede negarse a reconocer a esa persona como miembro de la misión. Se aplicarían entonces las normas sobre inmigración, entre otras, aunque debe darse al diplomático un tiempo razonable para partir.”<sup>33</sup>

b) **Funcionarios consulares**

30. Un funcionario consular puede ser declarado también persona *non grata* y se le puede exigir que abandone el Estado de conformidad con las normas de derecho internacional que rigen las relaciones consulares<sup>34</sup>. Las normas de derecho internacional que rigen las relaciones consulares son relativamente recientes y quizás no estén tan consagradas como las que rigen las relaciones diplomáticas.

<sup>33</sup> Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 148 (se omiten las citas). Véase la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, 18 de abril de 1961, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 500, No. 7310, pág. 162, en especial pág. 164, artículo 9, párrafos 1 y 2: “1. El Estado receptor podrá, en cualquier momento y sin tener que exponer los motivos de su decisión, comunicar al Estado acreditante que el jefe u otro miembro del personal diplomático de la misión es persona *non grata*, o que cualquier otro miembro del personal de la misión no es aceptable. El Estado acreditante retirará entonces a esa persona o pondrá término a sus funciones en la misión ... 2. Si el Estado acreditante se niega a ejecutar o no ejecuta en un plazo razonable las obligaciones que le incumben a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1, el Estado receptor podrá negarse a reconocer como miembro de la misión a la persona de que se trate”. En 2005, por ejemplo, Belarús y Polonia expulsaron recíprocamente a los diplomáticos del otro país. Véase “Belarus orders expulsion of Polish diplomat”, 18 de julio de 2005, en [www.charter97.org/eng/news/2005/07/18/poland](http://www.charter97.org/eng/news/2005/07/18/poland) (fecha de adhesión: 25 de enero de 2006); David Ferguson, “Belarus expels US professor and Polish diplomat”, Euro-Reporters, 18 de julio de 2005, en [www.charter97.org/eng/news/2005/07/18/us](http://www.charter97.org/eng/news/2005/07/18/us) (fecha de adhesión: 25 de enero de 2006); “Poland disputes Belarus expulsions”, 18 de julio de 2005, en [www.charter97.org/eng/news/2005/07/18/disputes](http://www.charter97.org/eng/news/2005/07/18/disputes) (fecha de adhesión: 25 de enero de 2006), y “Poland expels Belarus diplomat in tit-for-tat move”, 25 de julio de 2005, disponible en la Dependencia de Seguimiento de Noticias del Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas.

<sup>34</sup> Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, Viena, 24 de abril de 1963, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 596, No. 8638, pág. 392, en especial pág. 401, artículo 23, párrafos 1, 2 y 4: “1. El Estado receptor podrá comunicar en todo momento al Estado que envía que un funcionario consular es persona *non grata*, o que cualquier otro miembro del personal ya no es aceptable. En ese caso, el Estado que envía retirará a esa persona, o pondrá término a sus funciones en la oficina consular, según proceda. 2. Si el Estado que envía se negase a ejecutar o no ejecutase en un plazo razonable las obligaciones que le incumben a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 de este artículo, el Estado receptor podrá retirar el exequátur a dicha persona, o dejar de considerarla como miembro del personal consular. [...] 4. ... el Estado receptor no estará obligado a exponer al Estado que envía los motivos de su decisión”.

Anteriormente han existido casos de expulsión de cónsules<sup>35</sup>. Más recientemente, la tendencia ha sido extender a los funcionarios consulares prerrogativas que son similares a las que tienen los agentes diplomáticos<sup>36</sup>.

### c) Miembros de misiones especiales

31. El representante de una misión especial también puede ser declarado persona *non grata* y se le puede exigir que abandone el Estado de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables a la diplomacia ad hoc o las misiones especiales<sup>37</sup>. Como ocurre con las relaciones consulares, las normas de derecho internacional que rigen las misiones especiales son relativamente recientes y quizás no estén tan bien establecidas como las que rigen las relaciones diplomáticas<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> “En uno de los casos de la Comisión de Reclamaciones de México, el árbitro exigió al Estado expulsor que mostrara que tenía buenas razones para expulsar a un cónsul de los Estados Unidos”, Richard Plender, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pág. 460 (en referencia a *The Chase Case (United States of America v. Mexico)* en John Bassett Moore, *History and Digest of the International Arbitrations To Which the United States Has Been a Party*, vol. IV, págs. 3336 y 3337).

<sup>36</sup> “Los cónsules son en principio diferentes de los agentes diplomáticos en cuanto a su función y condición jurídica ... Las autoridades tienen opiniones diferentes sobre la inviolabilidad personal de los funcionarios consulares y en principio pueden ser detenidos o arrestados”, Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, págs. 355 y 356 (se omiten las citas). “Recientemente ha habido una tendencia a elevar a los cónsules más o menos al rango de agentes diplomáticos y en muchos sentidos gozan hoy de prerrogativas similares”, Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 148. “Más aún, si, después de otorgar el exequátur, el Estado receptor formula objeciones a que siga desempeñando sus funciones por razones relativas a la persona o la conducta del jefe del puesto consular, puede, en cualquier momento, notificar al Estado acreditante que el funcionario es persona *non grata*. En ese caso, el Estado acreditante está obligado a retirar al jefe del puesto consular en un plazo razonable. Tampoco en ese caso está obligado el Estado receptor a exponer los motivos de su decisión, dado que ejerce un derecho de índole discrecional”, Constantin Economidès, “Consuls”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 770 a 776, en especial pág. 772.

<sup>37</sup> Convención sobre las Misiones Especiales, 8 de diciembre de 1969, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1400, No. 23431, pág. 297, en especial pág. 300, artículo 12, párrafos 1 y 2: “1. El Estado receptor podrá, en todo momento y sin tener que exponer los motivos de su decisión, comunicar al Estado que envía que cualquier representante del Estado que envía en la misión especial o cualquier otro miembro del personal diplomático de ésta es persona *non grata* o que cualquier otro miembro del personal de la misión no es aceptable. El Estado que envía retirará entonces a esa persona o pondrá término a sus funciones en la misión especial, según proceda ... 2. Si el Estado que envía se niega a ejecutar, o no ejecuta en un plazo razonable, las obligaciones que le incumben a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo, el Estado receptor podrá negarse a reconocer como miembro de la misión especial a la persona de que se trate”.

<sup>38</sup> “Más allá de la esfera de las relaciones permanentes que se manejan por intermedio de los puestos de las misiones diplomáticas o de los puestos consulares, los Estados utilizan con frecuencia la diplomacia ad hoc o las misiones especiales. Esas misiones tienen funciones muy variadas ... Esas misiones ocasionales no tienen una condición *especial* en el derecho consuetudinario, pero debe recordarse que, dado que son agentes de los Estados y se reciben con el consentimiento del Estado anfitrión, se les aplican los principios habituales fundados en la inmunidad soberana y las condiciones expresas o implícitas de la invitación o licencia recibida por el Estado acreditante”. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, pág. 357. Véase también Matthias Herdegen, “Special Missions”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 4, 2001, págs. 574 a 577.

**d) Funcionarios públicos internacionales**

32. La expulsión del funcionario de una organización internacional se rige por el instrumento constitutivo de esa organización, por los tratados aplicables, como los acuerdos de los Estados miembros o con los acuerdos del país anfitrión<sup>39</sup>. Por ejemplo, la situación de los funcionarios de las Naciones Unidas ha sido descrita de la siguiente manera:

<sup>39</sup> Véase el Acuerdo entre las Naciones Unidas y los Estados Unidos de América relativo a la Sede de las Naciones Unidas, suscrito el 26 de junio de 1947 y aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 31 de octubre de 1947, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 11, No. 147, pág. 11, en especial págs. 20, 22, 24 y 26:

“Sección 11

Las autoridades federales, estatales o locales de los Estados Unidos de América no pondrán obstáculo alguno al tránsito de entrada y salida del distrito de la Sede, de las siguientes categorías de personas:

1. Representantes de los Miembros o funcionarios de las Naciones Unidas o de los organismos especializados, definidos en el párrafo 2 del Artículo 57 de la Carta; o las familias de tales representantes o funcionarios;
2. Expertos que estén cumpliendo misiones por cuenta de las Naciones Unidas o de dichos organismos especializados;
3. Representantes acreditados de la prensa, la radio, el cine y de otras agencias de información que las Naciones Unidas (o uno de sus organismos especializados) haya reconocido, previa consulta con el Gobierno de los Estados Unidos de América;
4. Representantes de las organizaciones extra gubernamentales reconocidas con carácter consultivo por las Naciones Unidas, conforme al Artículo 71 de la Carta; o
5. Otras personas invitadas al distrito de la Sede para asuntos oficiales, ya sea por las Naciones Unidas o por uno de los organismos especializados.

Las autoridades competentes de los Estados Unidos de América concederán la protección necesaria a las personas de las categorías enumeradas, mientras se hallen en tránsito de entrada o salida del distrito de la sede. Las disposiciones de esta sección no son aplicables al caso de interrupción general de los transportes, en que se procederá según lo dispuesto en la sección 17, ni ponen obstáculo a la efectividad de las leyes y los reglamentos generalmente aplicables en cuanto concierne a la explotación de los medios de transporte.

Sección 13

[...] b) Las Leyes y reglamentos vigentes sobre residencia de extranjeros en los Estados Unidos de América no podrán aplicarse en forma que vulnere las prerrogativas previstas en la sección 11 y, en particular, no podrán aplicarse en forma que obligue a cualquier persona de las categorías mencionadas a salir de los Estados Unidos de América, a causa de actividades que haya realizado con carácter oficial. En caso de abuso de esas prerrogativas de residencia por tales personas, al ejercer en los Estados Unidos de América actividades ajenas a su carácter oficial, queda entendido que las prerrogativas mencionadas en la sección 11 no serán interpretadas en el sentido de exceptuar a tales personas de las leyes y los reglamentos de los Estados Unidos de América concernientes a la residencia continua de extranjeros, con las reservas siguientes:

1. No se iniciará acción alguna, en virtud de tales leyes o reglamentos, para obligar a cualquiera de las personas de las categorías mencionadas a que salga de los Estados Unidos de América, sin la previa aprobación del Secretario de Estado de los Estados Unidos de América. Esa aprobación se otorgará solamente previa consulta con el Miembro interesado, cuando se trate de un representante de un Miembro de las Naciones Unidas (o de una persona de su familia), o con el secretario general o el director general del organismo especializado interesado, cuando se trate de alguna otra de las personas a que se refiere la sección 11;
2. Un representante del Miembro interesado, el Secretario General de las Naciones Unidas o el Director general del organismo especializado interesado, según el caso, tendrá el derecho de comparecer en nombre de la persona contra la cual se haya iniciado la acción;
3. Las personas que gozan de prerrogativas e inmunidades diplomáticas, en virtud de la sección 15 o de acuerdo con la Convención General, no serán requeridas a salir de los Estados Unidos de América sino conforme al procedimiento usual aplicable a los enviados diplomáticos acreditados ante el Gobierno de dicho país;

“Las prerrogativas e inmunidades de los diplomáticos están bien arraigadas en el derecho consuetudinario y desde entonces han sido incorporadas y desarrolladas en las convenciones internacionales. La condición de los funcionarios y los representantes ante las organizaciones internacionales no está tan claramente establecida y depende en gran medida de los tratados. Anteriormente, los funcionarios internacionales recibían por analogía el trato otorgado a los diplomáticos, aunque esa práctica podía comprometer claramente su independencia al someterlos a los cambios de regímenes de pasaportes nacionales y las objeciones particulares de los Estados receptores. El párrafo 2 del Artículo 105 de la Carta de las Naciones Unidas establece que los representantes de los Miembros y de la Organización y los funcionarios de ésta gozarán de las prerrogativas e inmunidades necesarias para desempeñar con independencia sus funciones en relación con la Organización ...

Como los funcionarios no están acreditados ante los Estados (como sí lo están los diplomáticos), de ello deriva que no se les aplica el principio de persona *non grata*. El procedimiento adecuado es que el Estado anfitrión presente su reclamo al Secretario General, que es el único que puede decidir si serán retirados del territorio.

[...] d) Con las excepciones previstas precedentemente en esta sección y en la Convención General, los Estados Unidos de América conservan plena fiscalización y autoridad en lo concerniente a la entrada de personas o de bienes en su territorio y a las condiciones en las cuales aquellas personas pueden permanecer o residir en dicho territorio;

e) El Secretario General, a solicitud de las autoridades competentes de los Estados Unidos de América, entrará en negociaciones con ellas, a fin de adoptar las medidas necesarias para el registro de entradas y salidas de las personas provistas de visados limitados únicamente al tránsito de entrada o salida del distrito administrativo, y a la estancia en él y en su inmediata vecindad;

f) Las Naciones Unidas, con sujeción a las disposiciones precedentes de esta sección, tendrán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la entrada de personas y bienes en el distrito de la Sede y a prescribir las condiciones en las cuales aquellas personas podrán permanecer o residir en él.

#### Sección 15

1. Toda persona designada por un Miembro como representante permanente principal ante las Naciones Unidas o como representante permanente con rango de Embajador o ministro plenipotenciario;
2. Todos los miembros permanentes de su personal, que sean designados por acuerdo entre el Secretario General, el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno del Estado interesado;
3. Toda persona designada por un miembro de un organismo especializado —según la definición del párrafo 2 del Artículo 57 de la Carta— como representante permanente principal, con rango de Embajador o ministro plenipotenciario, ante dicho organismo especializado con sede en los Estados Unidos de América; y
4. Todo otro representante permanente principal de un miembro de un organismo especializado, así como los miembros permanentes del personal de representantes de un organismo especializado, que sean designados según acuerdo entre el Director general del organismo especializado, el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno del Miembro interesado, disfrutarán en el territorio de los Estados Unidos de América, tanto si residan dentro como fuera del distrito de la Sede, de las prerrogativas e inmunidades que el Gobierno de los Estados Unidos de América confiere a los enviados diplomáticos acreditados ante él, y ello con sujeción a las correspondientes condiciones y obligaciones. Cuando se trate de miembros cuyos Gobiernos no estén reconocidos por los Estados Unidos de América, esas prerrogativas e inmunidades habrán de hacerse extensivas a dichos representantes o a las personas de su personal, solamente cuando se hallen dentro del distrito de la Sede o en el lugar de sus residencias y oficinas —si están situadas fuera del distrito—, en tránsito entre éste y tales residencias y oficinas, y en tránsito hacia países extranjeros, o desde ellos, en cumplimiento de misiones oficiales.”

Como los funcionarios no están acreditados ante los Estados (como sí lo están los diplomáticos), de ello deriva que no se les aplica el principio de persona *non grata*. El procedimiento apropiado es que el Estado anfitrión presente su reclamo al Secretario General, que es el único que puede decidir si serán retirados del territorio.”<sup>40</sup>

#### 4. Miembros de las fuerzas armadas

##### a) Fuerzas armadas nacionales

33. Los miembros de las fuerzas armadas de un Estado tienen una situación especial como órganos del Estado de origen cuando se encuentran en el territorio de otro Estado<sup>41</sup>. Los efectivos de las fuerzas armadas de un Estado pueden estar presentes en el territorio de otro Estado en muchas situaciones distintas<sup>42</sup> que se rige por normas distintas de derecho internacional. En primer lugar, los miembros de las fuerzas armadas presentes en el territorio de un Estado en tiempos de conflicto armado o durante una ocupación agresiva se rigen por las leyes que rigen los conflictos armados. En segundo lugar, los miembros de las fuerzas armadas presentes en el territorio de un Estado aliado en tiempo de conflicto armado no están sujetos generalmente a la jurisdicción del Estado territorial<sup>43</sup>. En tercer lugar, los miembros de las fuerzas armadas presentes en tiempos de paz<sup>44</sup> en el territorio de otro Estado que ha prestado su consentimiento para ello se rigen en general por un

<sup>40</sup> Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, págs. 152 y 155 (se omiten las citas). En 2001 el Iraq ordenó la expulsión de ocho funcionarios de las Naciones Unidas. Las expulsiones fueron señaladas a la atención del Consejo de Seguridad. “El 6 de septiembre Mohammad Al-Douri, el Embajador del Iraq ante las Naciones Unidas, anunció que Bagdad había ordenado la expulsión de ocho empleados de las Naciones Unidas, de por lo menos cinco de los cuales se sospechaba que realizaban actos de espionaje en favor de los Estados Unidos. El Iraq había acusado anteriormente a cinco empleados de las Naciones Unidas (cuatro nigerianos y un bosnio) de atentar contra su seguridad nacional y cometer actos de espionaje en favor de Estados enemigos. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, al determinar que el Iraq no había justificado su decisión, solicitó al Embajador francés, Jean-David Levitte, que ejerce actualmente la presidencia del Consejo de Seguridad, que solicitara más información al respecto”, “Expulsión de ocho empleados de las Naciones Unidas”, *Le Monde*, 8 de septiembre de 2001, disponible en Factiva [original en francés].

<sup>41</sup> “Las fuerzas armadas son órganos del Estado que las mantiene y han sido creadas para conservar la independencia, el poder y la seguridad del Estado. Tienen esa condición aún cuando se hallan en territorio extranjero, siempre que se encuentren al servicio de su Estado, y no por razones privadas”, Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, pág. 1154.

<sup>42</sup> “Aunque, en general, en tiempos de paz, las fuerzas armadas de un Estado permanecen en el territorio nacional, muchas veces se encuentran en territorio extranjero al servicio de su Estado de origen. Por lo tanto, es posible que un Estado tenga el derecho de mantener un contingente en una base extranjera o enviar tropas a través de territorio extranjero. Es posible que un Estado que ha resultado victorioso en una guerra contra otro ocupe, cuando se firme un acuerdo de paz, parte del territorio de su antiguo oponente como garantía de la ejecución de ese tratado”, *ibid.*, pág. 1154 (se omita la cita).

<sup>43</sup> “Durante la guerra las fuerzas armadas de un Estado se encontrarán a menudo en el territorio de un Estado extranjero, sea mientras conducen operaciones militares, o en ocupación beligerante de un territorio extranjero o como fuerza cobeligerante en el territorio de un Estado aliado para llevar adelante la tarea común de repeler o expulsar a las fuerzas enemigas. En esas ocasiones se aplican consideraciones especiales relacionadas con una guerra ...”, *ibid.*, pág. 1155.

<sup>44</sup> “En tiempos de paz las fuerzas armadas de un Estado se encontrarán en general en el territorio de otro Estado por invitación suya o con su consentimiento, otorgado por alguna razón en particular, o, por razones más generales, los miembros de una alianza permiten que las fuerzas armadas de otro Estado permanezcan en su territorio”, *ibid.*, pág. 1155.

acuerdo<sup>45</sup> entre el Estado de origen y el Estado receptor, por ejemplo, un acuerdo sobre la condición jurídica de las fuerzas<sup>46</sup>. Es posible que la situación del personal militar que cumpla tareas especiales se rija por acuerdos especiales<sup>47</sup>.

#### b) Las fuerzas armadas multinacionales

34. Los miembros de las fuerzas armadas de una organización internacional presentes en el territorio de un Estado también tienen una condición especial que se ha establecido en el instrumento constituyente y en otras normas pertinentes de la organización internacional, así como en acuerdos internacionales. Las Naciones Unidas han utilizado las fuerzas armadas de los Estados Miembros en numerosas operaciones de mantenimiento de la paz con distintos mandatos desde su creación en 1945<sup>48</sup>. Además,

<sup>45</sup> “Como cuestión de derecho internacional consuetudinario, no hay acuerdo sobre cuál es la situación jurídica de las fuerzas armadas de un Estado cuando se encuentran en otro Estado. El desarrollo del derecho se ha visto influido por la condición jurídica de los buques de guerra extranjeros y sus tripulaciones, pero ésta difiere en aspectos importantes de la condición de las fuerzas armadas en tierra. La determinación de la situación de éstas depende en gran medida de las circunstancias por las que se encuentran en territorio extranjero y de si permanecerán allí por un período relativamente prolongado, o de si permanecerán dentro de una base o zona de campaña, o de si están ejerciendo meramente un derecho de paso, o cumpliendo una finalidad limitada de corto plazo ... Ya no puede sostenerse la opinión, muy generalizada anteriormente, de que debería considerarse la fuerza totalmente exenta de la jurisdicción del Estado territorial (con la posibilidad de que renuncie a esa inmunidad) y sujeta sólo a la jurisdicción de sus propias autoridades. La ficción de la extraterritorialidad en esa esfera, como en otras, ha sido abandonada. Además de las disposiciones de los tratados, las limitaciones de las facultades jurisdiccionales del Estado territorial pueden derivar de la condición jurídica de las fuerzas armadas como órgano del Estado que las envía, o del consentimiento prestado por el Estado territorial para recibir esas fuerzas en su territorio ... A pesar de que las opiniones sobre la situación de la fuerza visitante extranjera son cada vez más concordantes, los límites de la jurisdicción del Estado al que pertenece la fuerza y los del Estado territorial distan de ser claros ... Existen razones prácticas de peso para disipar esa incertidumbre, y los Estados, por lo tanto, a menudo incorporan disposiciones especiales en los tratados sobre la situación jurídica de sus fuerzas armadas cuando se encuentran en un estado Extranjero”, *ibid.*, págs. 1156, 1157, 1159 y 1160 (se omiten las citas).

<sup>46</sup> “Cuando las fuerzas militares ocupan agresivamente un territorio, sus facultades se rigen por el derecho de la guerra. Cuando esas fuerzas participan en actividades bélicas, pero están combatiendo en territorio aliado, la costumbre establece que se hallen totalmente exentas de la jurisdicción territorial. Sin embargo, cuando esas fuerzas se encuentran en el territorio de otro Estado con su consentimiento y no participan activamente en hostilidades, surgen problemas al reconciliar la jurisdicción del Estado ‘que envía las fuerzas’ y la del Estado ‘territorial’, cuando los actos de las fuerzas del Estado que envía las fuerzas constituyen un delito según la ley del Estado territorial”. Derek W. Bowett, “Military Forces Abroad”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 3, 1997, págs. 388 a 390, en especial pág. 388 (a continuación Bowett examina los tratados que regulan la condición de las fuerzas).

<sup>47</sup> “Cuando el personal militar se encuentre realizando tareas especiales, su situación estará determinada por los arreglos que se hagan en ese contexto, por ejemplo, las disposiciones aplicables a las misiones especiales, los miembros de las comisiones o los inspectores”, Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. 1 – Peace (partes 2 a 4), 1996, pág. 1164 (se omiten las citas).

<sup>48</sup> “La condición jurídica de las fuerzas de las Naciones Unidas surge de distintas fuentes jurídicas, como la Carta de las Naciones Unidas, la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas de 13 de febrero de 1946; las decisiones de los órganos de las Naciones Unidas que crean esas fuerzas; los acuerdos entre las Naciones Unidas y los Estados en cuyo territorio se encuentran estacionadas; los acuerdos entre las Naciones Unidas y los Estados que aportan contingentes y las reglamentaciones dictadas por el Secretario General”, Raymond Sommereyns y M. Bothe, “United Nations Forces”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 4, 2001, págs. 1106 a 1119, en

numerosas organizaciones regionales también han utilizado a las fuerzas armadas de sus Estados miembros en operaciones similares<sup>49</sup>.

c) *Lex specialis*

35. Los extranjeros que son miembros de las fuerzas armadas de un Estado o una organización internacional constituyen otra categoría especial de extranjeros cuya presencia en el territorio de un Estado se rige en general por normas especiales de derecho internacional en lugar de regirse por las normas relativas a la expulsión de extranjeros<sup>50</sup>. Esa cuestión también puede ser abordada por la legislación nacional<sup>51</sup>.

“Con frecuencia los Estados consideran necesario o apropiado exceptuar de las disposiciones principales o sustantivas de sus leyes de inmigración a los miembros de las fuerzas armadas de otros países o de organizaciones internacionales. La obligación jurídica de exceptuar a los miembros de esas fuerzas de ciertas disposiciones sobre el control de la inmigración puede surgir de un acuerdo entre el Estado receptor y el Estado de origen, o, en el caso de una organización internacional, esa obligación puede surgir de las facultades de la organización, establecidas expresa o implícitamente en su carta”<sup>52</sup>.

5. Nacionales

36. Aunque el derecho internacional no parece prohibir la expulsión de nacionales en general<sup>53</sup>, la capacidad de un Estado de adoptar esa medida puede estar limitada

---

especial pág. 1110. En diciembre de 2005 Eritrea ordenó que partieran, en un plazo de 10 días, miembros europeos, estadounidenses, canadienses y rusos que cumplían funciones en la misión de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas. Véase “U.N.: Eritrea border force endangered, expulsion order for western troops threatens entire mission”, *The Times*, Londres, 8 de diciembre de 2005; “Everything to lose: the expulsion of UN troops from Eritrea threatens a new war”, *The Times*, Londres, 8 de diciembre de 2005; Lacey Marc y W. Hoge, “Eritrea expels U.N. peacekeepers, increasing tension with Ethiopia”, *The New York Times*, 8 de diciembre de 2005; England Andrew, “Eritrea orders U.N. troopkeepers to leave”, *Financial Times*, Londres, 8 de diciembre de 2005; y Harris Ed, “U.N. troops ordered out of Eritrea as tensions mount”, *The Independent*, Londres, 8 de diciembre de 2005.

<sup>49</sup> Para un examen de las fuerzas militares internacionales establecidas por organizaciones regionales, como la Organización de los Estados Americanos, la Liga de los Estados Árabes y la Organización de la Unidad Africana, así como las fuerzas multinacionales especiales establecidas por grupos de Estados, véase Derek W. Bowett, “International Military Force”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 2, 1995, págs. 1267 a 1271, en especial pág. 1269.

<sup>50</sup> “Esta monografía sólo aborda algunos principios y normas básicos, de aplicación general, a las que deberían ajustarse otras normas y regulaciones ... Por lo tanto, la monografía sólo trata incidentalmente los movimientos transfronterizos ... de las fuerzas militares estacionadas en países extranjeros amigos ...”, Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, pág. viii.

<sup>51</sup> Por ejemplo, el Reino Unido exceptúa de la expulsión a ciertos miembros de las fuerzas armadas de determinados países (Reino Unido, Ley de 1971, artículo 8 4)).

<sup>52</sup> Richard Plender, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, págs. 176 y 177.

<sup>53</sup> “No existe una norma consuetudinaria general de derecho internacional que prohíba la expulsión de los nacionales”, Karl Doebling, “Aliens, Expulsion and Deportation”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 109 a 112, en especial pág. 110. “Aunque podría parecer que el derecho internacional limita el ejercicio válido de la facultad de expulsar a extranjeros, la práctica de los Estados es más ambigua”, Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of*



por las normas internacionales de derechos humanos<sup>54</sup>. En primer lugar, algunos tratados de derechos humanos prohíben expresamente la expulsión de una persona del territorio de un Estado del que es nacional<sup>55</sup>. En segundo lugar, el derecho de un nacional de residir o permanecer en su propio país puede limitar, implícitamente, la expulsión de nacionales<sup>56</sup>. En tercer lugar, la obligación de otros Estados de recibir

---

*Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 202. “Para la confirmación, en un fallo judicial, del derecho a deportar a un nacional a un país extranjero, véase *Co-operative Committee on Japanese Canadians v. Attorney-General for Canada* [1947] AC 87”, Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, pág. 945, No. 19. En cambio, en Niall MacDermot (ed.), “Latin America - Expulsion, the Rights to Return, Passports”, *The Review: International Commission of Jurists*, No. 14, 1975, págs. 3 a 8, se mencionan casos de expulsiones de nacionales en América Latina (Bolivia, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay) y se señala que esas expulsiones son contrarias al derecho internacional (el derecho a no ser expulsado del propio territorio, de conformidad con el artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la presunción de inocencia) y también, en algunos casos, la ley nacional de los Estados de que se trate. Véase también Yash P. Ghai, “Expulsion and expatriation in International Law: The Right to Leave, to Stay and to Return”, *American Society of International Law Proceedings*, vol. 67, 1973, págs. 122 a 126, en especial pág. 126: “... se acepta en general la norma de que no existe el derecho a expulsar a los ciudadanos. A ese respecto, es significativo que hasta Amin se haya sentido obligado a revocar su orden contra los ciudadanos asiáticos ugandeses, y que cuando Kenya, por ejemplo, quiso deportar a un ciudadano, le retiró primero su ciudadanía keniana”.

<sup>54</sup> “En casi todos los casos, la expulsión afecta a personas que no tienen la nacionalidad del Estado que ordena la expulsión. Podría afirmarse que la expulsión de nacionales está prohibida por el derecho internacional. Está expresamente prohibida por el artículo 22 5) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 3 1) del Protocolo No. 4 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos y el artículo 22 de la Carta Árabe de Derechos Humanos. Puede encontrarse una prohibición implícita en el artículo 12 4) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y en el artículo 12 2) de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos”, Giorgio Gaja, véase la nota 28 *supra*, pág. 292.

<sup>55</sup> Véase el párrafo 5 del artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, 22 de noviembre de 1969, Naciones Unidas, vol. 1144, No. 17955, pág. 124, en especial pág. 130 (“Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional ...”) y párrafo 1 del artículo 3 del Protocolo No. 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 aquellos ya incluidos en el Convenio y en el primer Protocolo, modificado por el Protocolo No. 11, Estrasburgo, 16 de septiembre de 1963, *European Treaty Series*, No. 46 (“Nadie puede ser expulsado, en virtud de una medida individual o colectiva, del territorio del Estado del cual sea nacional”).

<sup>56</sup> “Una de las funciones inherentes al concepto de nacionalidad es el derecho de establecerse y residir en el territorio del Estado de la nacionalidad o, dicho de otra manera, la obligación del Estado de otorgar y permitir en él la residencia de sus nacionales”. Ese derecho no emana únicamente, y ni siquiera en primer lugar, de las expresiones más recientes de ese derecho consagradas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y otros instrumentos internacionales de derechos humanos, sino que es parte del derecho internacional consuetudinario” Hurst Hannum, *The Right to Leave and Return in International Law and Practice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, pág. 60 (donde cita a Paul Weis, *Nationality and Statelessness in International Law*, 2ª ed., Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1979, pág. 45). “Sólo los ciudadanos tienen, como norma, el derecho de residir en el territorio del Estado, es decir, el derecho de no ser expulsados de él”, Hans Kelsen, *Principles of International Law* (revisado y editado por Robert W. Tucker), 2ª ed., Holt, Rinehart y Winston, Inc., 1966, pág. 372. “El derecho de residir en el territorio del Estado de la nacionalidad o, dicho de otro modo, la obligación correspondiente del Estado de permitir a sus nacionales que residan en él, se considera, en general, inherente al concepto de nacionalidad. Sin embargo, existen algunas excepciones a esa norma en los casos en que el derecho interno permite la expulsión de nacionales como sanción penal en relación con la condena recaída por la comisión de un delito. El nacional sujeto a esa medida de expulsión se ve forzado, de ese modo, al exilio”, Rainer Hofmann, “Denationalization and Forced Exile”, en Bernhardt Rudolf (dir.),

personas se limita a sus propios nacionales<sup>57</sup>. Por lo tanto, la expulsión de nacionales sólo puede llevarse a cabo con el consentimiento del Estado receptor<sup>58</sup>. Las limitaciones de la expulsión de nacionales pueden aplicarse también a extranjeros que han adquirido una condición similar a la de los nacionales en virtud

---

*Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 1001 a 1007, en especial págs. 1004 y 1005. Véanse también las *Règles internationales sur l'amission et l'expulsion des étrangers*, adoptadas por el Instituto de Derecho Internacional en 1892, artículo 2: "En principio, un Estado no debe prohibir ... a sus súbditos ... permanecer en su territorio". El Instituto adoptó esas normas con miras a su aplicación futura, como surge del tercer párrafo del preámbulo de la resolución: "Mientras, desde el punto de vista internacional, puede ser útil formular, en un sentido general y para el futuro, algunos principios firmes cuya aceptación no implicaría, además, una evaluación de los actos cometidos en el pasado ...", *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, Instituto de Derecho Internacional, sesión de Ginebra, 1892, resolución de 9 de septiembre de 1892, págs. 218 a 226.

<sup>57</sup> "El derecho internacional también se opone, indirectamente, a la expulsión de extranjeros porque los terceros Estados no tienen la obligación internacional de recibir a extranjeros que han sido expulsados ni a apátridas", Karl Doehring, "Aliens, Expulsion and Deportation", en Bernhardt Rudolf (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 109 a 112, en especial pág. 110. "Existe consenso general de que un Estado no puede, ni expulsando a una persona ni privándola de su nacionalidad, obligar a ningún otro Estado a recibir a uno de sus propios nacionales a quien desea expulsar de su propio territorio", Sir John Fischer Williams, "Denationalization", *British Yearbook of International Law*, vol. 8, 1927, págs. 45 a 61, en especial pág. 61. "En otras épocas se imponía la expulsión de sus propios ciudadanos como castigo, lo que se llamaba "destierro". Incluso ahora el derecho internacional no lo prohíbe como tal, pero su aplicabilidad práctica es limitada, dado que la persona forzada al destierro es un extranjero en cualquier otro Estado, y todo Estado tiene el derecho de denegar el permiso de ingreso de un extranjero a su territorio, y puede expulsarlo en cualquier momento. El propio Estado del extranjero expulsado impediría el ejercicio de ese derecho al negarse a permitir su retorno", Hans Kelsen, *Principles of International Law* (revisado y editado por Robert E. Tucker), 2ª ed., Holt, Rinehart y Winston, Inc., 1966, págs. 372 y 373. "La expulsión por un Estado de su propio nacional ... es incompatible con el derecho internacional porque impone una carga a otros Estados que no están obligados a aceptar y que, si se ejerciera con frecuencia, llevaría necesariamente a la alteración de las relaciones ordenadas y pacíficas entre los Estados en la comunidad de las naciones", S. K. Agrawala, *International Law Indian Courts and Legislature*, Bombay, N.M. Tripathi Private Ltd., 1965, págs. 103 y 104. Véase también Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, pág. 49.

<sup>58</sup> "La expulsión de una persona que tiene la nacionalidad del Estado expulsor o que no tiene ninguna nacionalidad depende, por lo tanto, para poder llevarse efectivamente a la práctica, de la voluntad de recibirlo de algún otro Estado, incluso cuando no tiene la obligación de hacerlo", Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim's International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, págs. 944 y 945 (se omiten las citas). "La expulsión de nacionales fuerza a otros Estados a admitir extranjeros, pero, según los principios aceptados de derecho internacional, la admisión de extranjeros está sujeta a la discrecionalidad de cada Estado ... Se sigue de ello que la expulsión de un nacional sólo puede llevarse a cabo con el consentimiento del Estado a cuyo territorio será expulsado, y que el Estado de la nacionalidad tiene la obligación hacia otros Estados de volver a admitir a sus nacionales en su territorio", Paul Weis, *Nationality and Statelessness in International Law*, 2ª ed., Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1979, págs. 45 y 46 (se omiten las citas). "Dado que la admisión de extranjeros siempre ha sido considerada una discrecionalidad de los Estados, la expulsión de un nacional, por lo tanto, sólo puede llevarse a cabo con el consentimiento explícito o implícito del Estado receptor, a pedido del cual el Estado de la nacionalidad tiene la obligación de volver a admitir a su nacional en su territorio, lo que siempre se ha considerado una obligación en el derecho internacional ...", Rainer Hofmann, "Denationalization and forced exile", *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 1001 a 1007, en especial pág. 1005.

del derecho nacional de los Estados territoriales<sup>59</sup>. En cuarto lugar, la ley nacional de varios Estados prohíbe la expulsión de nacionales<sup>60</sup>. Sin embargo, se han dado

<sup>59</sup> “En general, un Estado no puede expulsar a sus propios nacionales dado que ningún otro Estado tiene la obligación de recibirlos. El Estado puede asimilar a ciertos extranjeros a sus propios nacionales, lo que afecta la facultad de expulsarlos que tiene según sus propias leyes ...” Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim's International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, pág. 940, No. 1. El Tribunal Supremo de Austria sostuvo que los nacionales italianos nacidos en el Tirol meridional no podían ser expulsados porque existía una ley austríaca que exigía que se les considerara nacionales a fines administrativos, *Italian South Tyrol Terrorism Case*, Tribunal Supremo, 8 de octubre de 1968, *International Law Reports*, vol. 71, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), pág. 235: “Es discutible si la prohibición también abarca a personas que puedan ser asimiladas a nacionales. El artículo 12 4) del Pacto de las Naciones Unidas dispone: “nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país”. En *Steward c. Canadá*, el Comité de Derechos Humanos sostuvo con respecto a un nacional británico expulsado del Canadá que, “si el párrafo 4 del artículo 12 se aplicara al demandante, el Estado parte se vería impedido de deportarlo”. Si se interpreta el párrafo 4 del artículo 12 en conjunción con el artículo 13, que se refiere a la expulsión de extranjeros “que se hallen legalmente en el territorio de un Estado Parte”, “su propio país”, como concepto, se aplica a las personas que son nacionales y a ciertas categorías de personas que, aunque no son nacionales en sentido formal, tampoco son ‘extranjeros’ en el sentido del artículo 13”. Ello dependería de “los vínculos especiales y las pretensiones que se tengan en relación con un país determinado”. El Comité se refirió a los “nacionales de un país a los que se les ha retirado la nacionalidad en violación del derecho internacional y personas cuyo país de nacionalidad ha sido incorporado o transferido a otra entidad nacional cuya nacionalidad también se les niega”. El Comité también mencionó “otras categorías de residentes a largo plazo, en particular, apátridas a quienes se ha privado arbitrariamente del derecho a adquirir la nacionalidad del país de residencia”. En cambio, los inmigrantes fueron excluidos, quizás con una excepción, que no se aplicaba al caso bajo examen: “si el país de inmigración estableciera impedimentos irrazonables a la adquisición de la nacionalidad por parte de los nuevos inmigrantes”. Una dificultad que plantea esta excepción es que el párrafo 4 del artículo 12 supone que una persona sólo puede considerarse como propia a un solo país, mientras que los inmigrantes extranjeros a los que hacía referencia el Comité probablemente habrían conservado su nacionalidad de origen y, por lo tanto, podrían haber ejercido el derecho de ingresar a un Estado y de no ser expulsados de él en relación con dos Estados: el Estado de su nacionalidad y el Estado de residencia”, Giorgio Gaja, véase la nota 28 *supra*, págs. 292 y 293 (en referencia a las opiniones adoptadas el 1º de noviembre de 1996). Comunicación No. 538/1993, *Steward c. Canadá*, 16 de diciembre de 1996, *International Human Rights Reports*, 1997, págs. 418 a 429, párrs. 12.3 a 12.5.

<sup>60</sup> “Según el derecho interno de muchos Estados, la expulsión de nacionales es ilegítima, dado que el derecho a vivir en el propio Estado está ampliamente reconocido como un elemento esencial de la relación entre un Estado y sus nacionales”, Karl Doehring, “Aliens, Expulsion and Deportation”, en Bernhard Rudolf (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 109 a 112, en especial pág. 110. Por ejemplo, Nigeria, la Federación de Rusia y Suiza prohíben la expulsión de nacionales (Nigeria, Constitución de 1999, artículo 41 1), y Ley de 1963, artículo 1 2) e); Federación de Rusia, Ley No. 62-FZ de 2002, artículo 4 5); Suiza, Constitución Federal, artículo 25 1)). Nigeria permite al Ministro competente dar instrucciones sobre la determinación de la nacionalidad de una persona o, cuando existe una orden de deportación, denegar la modificación de su nacionalidad (Nigeria, Ley de 1963, artículo 30 1)). En Nigeria las personas tienen la carga de la prueba en lo que respecta a la determinación de su nacionalidad o su modificación de esa nacionalidad, y, excepto cuando la persona está presente o reside en Nigeria y solicita la nacionalidad nigeriana, la orden ministerial no puede cuestionarse en los tribunales (Nigeria, Ley de 1963, artículo 30 1)). Esa cuestión también ha sido abordada por los tribunales nacionales de varios Estados, por ejemplo: “Jurisdiction in the executive to order deportation exists only if the person arrested is an alien”, *Ng Fung Ho et Al. v. White, Commissioner of Immigration*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 29 de mayo de 1922, *Annual Digest of Public International Law Cases, 1919 a 1922*, Sir John Fischer Williams y H. Lauterpacht (eds.), Causa No. 180, págs. 257 y 258. “He sostenido reiteradas veces que, si se desea solicitar una recomendación de deportación, debe probarse que la persona acusada es extranjera, según la definición de la sección 2 de la Ordenanza, a menos que el acusado admita esa condición”, *Chief Superintendent of Police v. Camara*, Protectorado

casos de Estados que han expulsado a sus propios nacionales a otro Estado<sup>61</sup>. No obstante, esos casos relativamente excepcionales no parecerían estar comprendidos en el alcance de este tema, que se refiere específicamente a los extranjeros.

## 6. Ex nacionales

37. También han existido casos de personas que han perdido su nacionalidad y de expulsión de ex nacionales por los Estados. Se considera que el otorgamiento o pérdida de la nacionalidad corresponde a la jurisdicción interna de los Estados<sup>62</sup>, sin perjuicio de ciertas limitaciones impuestas por el derecho internacional<sup>63</sup>. Las leyes nacionales de algunos Estados se refieren a la expulsión de ex nacionales que han sido privados de su nacionalidad o que la han perdido por alguna razón<sup>64</sup>.

---

de Gambia, Tribunal Supremo, 25 de enero de 1957, *International Law Reports*, 1957, H. Lauterpacht (ed.), pág. 491. “Pero, como hemos visto, dado que según el artículo 19 [de la Constitución] ningún ciudadano puede ser *expulsado* (como contraposición a extraditado) si no existe una ley específica al respecto; y esa ley no existe”, *Muller v. Superintendent, Presidency Jail, Calcutta and Others*, Tribunal Supremo de la India, 23 de febrero de 1955, *International Law Report*, 1955, H. Lauterpacht (ed.), págs. 497 a 500, en especial pág. 497. Véase también *In re Keibel et al.*, Corte Suprema de Costa Rica, 1º de junio de 1939, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1938 a 1940, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 139, págs. 388 y 389.

<sup>61</sup> “La obligación de recibir extranjeros sólo existe cuando surge de tratados (por ejemplo, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, Ginebra, 28 de julio de 1951, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 189, No. 2545, pág. 150). Sin embargo, sucedió en algunos pocos casos que los gobiernos expatriaron a sus nacionales y posteriormente los expulsaron como extranjeros o les prohibieron el regreso al Estado territorial si las personas expatriadas estaban residiendo en un país extranjero en ese momento. Es posible que esa práctica viole las convenciones existentes sobre derechos humanos y probablemente sea contraria a la tendencia del derecho internacional. Sin embargo, hasta ahora no puede afirmarse que existan violaciones de normas generales de derecho internacional, a menos que se entienda que el acto del gobierno es totalmente arbitrario y no tiene fundamentos razonables, o que viola flagrantemente derechos humanos reconocidos”. Karl Doehring, “Aliens, Expulsion and Deportation”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 109 a 112, en especial pág. 110. “La cuestión de la deportación en general sólo se plantea con respecto a los extranjeros. La deportación de un Estado de sus propios ciudadanos (“destierro” o “exilio”) es ahora muy poco frecuente y ocurre sólo en tiempos de graves desórdenes internos”. Ivan Anthony Shearer, *Extradition in International Law*, Manchester, University Press, 1971, pág. 76.

<sup>62</sup> Por ejemplo, el Reino Unido autoriza al Secretario de Estado a privar a una persona de la ciudadanía británica si considera que ha actuado para perjudicar gravemente los intereses vitales del Reino Unido o un territorio británico de ultramar (Reino Unido, Ley de 1981, artículo 40 2), enmendada por la Ley de nacionalidad, inmigración y asilo de 2002) o si la ciudadanía o naturalización de esa persona fue obtenida mediante fraude, representaciones falsas u ocultamiento de un hecho material (Reino Unido, Ley de 1981, artículo 40 3), enmendada por la Ley de nacionalidad, inmigración y asilo de 2002).

<sup>63</sup> Véase Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, pág. 373 y ss.; Robert Y. Jennings, “International Law”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 2, 1995, págs. 1159 a 1178, en especial pág. 1175; Rainer Hofmann, “Denationalization and forced exile”, *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, 1992, págs. 1001 a 1007, en especial pág. 1001; Lawrence Preuss, “International Law and Deprivation of Nationality”, *Georgetown Law Journal*, vol. 23, 1934, págs. 250 a 276, en especial pág. 254; y John Fischer Williams, “Denationalization”, *British Yearbook of International Law*, vol. 8, 1927, págs. 45 a 61, en especial pág. 50.

<sup>64</sup> Por ejemplo, la legislación de Honduras autoriza la expulsión de personas que se han naturalizado en forma fraudulenta o a quienes se les hubiere cancelado su carta de naturalización (Honduras, Ley de 2003, artículo 89 7)); la legislación de Panamá dispone que las personas que por cualquier razón renuncien o pierdan su nacionalidad panameña serán consideradas extranjeras por el derecho panameño y tratadas de esa forma (Panamá, Decreto ley de 1960,

38. La práctica de los Estados con respecto a la privación de la nacionalidad de una persona se remonta a la antigüedad. En cambio, la privación de la nacionalidad de un gran número de personas es un fenómeno relativamente reciente que ocurrió por primera vez a principios de 1900<sup>65</sup>. En el siglo XX algunos Estados recurrieron a la privación de la nacionalidad en masa por razones políticas y económicas como consecuencia de revoluciones, de guerras o de la descolonización<sup>66</sup>. La legalidad de la desnacionalización como cuestión de derecho internacional se planteó en primer lugar en relación con esos casos de desnacionalización en masa<sup>67</sup>.

39. Existen dudas sobre el grado en que el Estado tiene el derecho de privar de la nacionalidad a uno o más de sus ciudadanos. Anteriormente se trataba de una cuestión controvertida que los Estados eran renuentes a someter a regulación internacional.

“La mayoría de los Estados adoptan la posición de que deberían conservar el más alto grado de competencia respecto de la cuestión de la privación de la nacionalidad. Quienes se oponen a la desnacionalización, sin embargo, argumentan que renunciar a esa facultad no afectaría los intereses básicos del Estado, dado que conservaría otras formas de castigar a un ciudadano desleal, por ejemplo, retirándole protección diplomática. Podría

---

artículos 39 y 40); la legislación española establece que no podrán ser expulsados quienes hayan perdido la nacionalidad española, a menos que la infracción en la que se funde la expulsión sea de determinada índole o suponga la reincidencia de una infracción de la misma naturaleza sancionable con expulsión (España, Ley de 2000, artículo 57); y la legislación de Nigeria aplica controles inmigratorios a los ex nacionales, aunque el Ministerio competente puede eximir a cualquier “persona o clase de personas” de cumplir con esos requisitos (Nigeria, Ley de 1963, artículo 37 2 b) y 3)).

<sup>65</sup> “La desnacionalización es una forma muy antigua de castigo de una conducta antisocial. Sus orígenes se remontan a la antigüedad. En la Roma antigua, por ejemplo, la ciudadanía se perdía por reducción a la servidumbre, captura en la guerra, y destierro ... Fue sólo después de la Primera Guerra Mundial que se utilizó la desnacionalización como medio para castigar a un gran número de personas por delitos políticos y otros delitos de distinta índole”, Peter A. Mutharika, *The Regulation of Statelessness under International and National Law*, Nueva York, Oceana Publications, Inc., 1989, págs. 8 y 9.

<sup>66</sup> “En efecto, en este siglo se han producido algunos actos notables de desnacionalización y exilios en masa, pero ocurrieron en épocas de revoluciones, de guerras o en los años posteriores a la guerra”, Niall MacDermot (ed.), “Loss of Nationality and Exile”, *The Review: International Commission of Jurists*, No. 12, 1974, págs. 22 a 27, en especial pág. 23. Para un análisis de los problemas jurídicos especiales que plantea la desnacionalización en relación con la descolonización, véase Rainer Hofmann, “Denationalization and forced exile”, *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 1001 a 1007, en especial pág. 1004.

<sup>67</sup> “Durante el siglo XIX la desnacionalización se aplicó casi exclusivamente como sanción penal por la comisión de ciertos delitos. La compatibilidad de las disposiciones aplicables del derecho interno de que se tratase y el derecho internacional no se discutía demasiado ... La cuestión de si la desnacionalización era admisible se planteó en un nivel más general cuando los Estados, por razones políticas, comenzaron a retirar la nacionalidad a un número mayor de nacionales”, Rainer Hofmann, “Denationalization and forced exile”, *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 1001 a 1007, en especial pág. 1001. “Cuando se privaba de la nacionalidad a determinadas personas se aceptaba en general que era parte de la potestad soberana de un Estado. Fue sólo cuando se aplicó en una escala mayor por razones políticas, raciales, religiosas y de otra índole después de la Primera Guerra Mundial que la opinión internacional, especialmente las sociedades cultas y los especialistas en derecho internacional público, comenzaron a cuestionar esa práctica y promovieron su abolición”, Peter A. Mutharika, *The Regulation of Statelessness under International and National Law*, Nueva York, Oceana Publications, Inc., 1989, pág. 122 (se omiten las citas).

volver a otorgársele la protección si la persona compusiera su relación con el Estado. Sostienen además que cuando un Estado priva a una persona de su nacionalidad también se niega a sí mismo la facultad de castigarla.

Parece bastante poco probable que los Estados renuncien a su facultad de desnacionalizar a una persona cuando consideren la desnacionalización necesaria para la protección de su sistema interno de valores. En efecto, esa cuestión quizás haya impedido que un número mayor de Estados ratificara la Convención de 1961, dado que se prohíbe formular las reservas a cualquiera de los artículos sustantivos. Sin embargo, a pesar de esa actitud, muchos países han dejado de recurrir a la desnacionalización, especialmente en casos en que puede conducir a la apatridia.<sup>68</sup>

40. La Comisión de Límites entre Eritrea y Etiopía examinó la cuestión de la legalidad de la privación de la nacionalidad en casos de personas con nacionalidad única o doble en el derecho internacional contemporáneo<sup>69</sup>. Las observaciones de la Comisión al respecto figuran en la parte X.H.1.

41. Se plantea la cuestión de si el presente tema debería incluir el examen de la legalidad de la desnacionalización de una persona con anterioridad a su expulsión<sup>70</sup> en relación con: 1) la condición de nacional o extranjero de una persona a los fines de la expulsión; 2) la validez de los motivos de la expulsión posterior (que pueden estar relacionados con los motivos por los cuales se la priva de la nacionalidad)<sup>71</sup>;

<sup>68</sup> Peter A. Mutharika, *The Regulation of Statelessness under International and National Law*, Nueva York, Oceana Publications, Inc., 1989, págs. 127 y 128 (se omiten las citas) (en referencia a la Convención para reducir los casos de apatridia, Nueva York, 30 de agosto de 1961, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 989, No. 14458, pág. 221). “Fue precisamente la cuestión de la privación de la nacionalidad, contenida en el artículo 8 de la Convención, lo que causó el estancamiento de las deliberaciones en la primera sesión de la Conferencia, por lo que fue necesario celebrar otra ... Ese texto fue una solución intermedia para dejar intacta la mayoría de las disposiciones sobre la desnacionalización en la legislación nacional de los Estados representados”, Niall MacDermot (ed.), “Loss of Nationality and Exile”, *The Review: International Commission of Jurists*, No. 12, 1974, págs. 22 a 27, en especial págs. 26 y 27. “El artículo 3 del Protocolo establece que nadie puede ser expulsado, en virtud de una medida individual o colectiva, del territorio del Estado del cual sea nacional. La disposición puede plantear problemas específicos con respecto a la nacionalidad. El Comité de Expertos propuso la inclusión de una cláusula en cuya virtud ‘se prohibiría a los Estados privar a una persona de su nacionalidad a fin de expulsarla’, pero se abandonó la idea dado que existían dudas sobre la conveniencia de abordar el tema controvertido de la naturaleza de las medidas de la desnacionalización”, Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 278 (en referencia al Protocolo No. 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) (se omiten las citas).

<sup>69</sup> *Partial Award, Civilians Claims, Eritrea’s Claims 15, 16, 23 y 27 a 32*, Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, La Haya, 17 de diciembre de 2004.

<sup>70</sup> “Efectivamente, los Estados rara vez recurren a la expulsión de sus ex nacionales”, Paul Weis, *Nationality and Statelessness in International Law*, 2ª ed., Alphen aan den Rijn, Sijhoff & Noordhoff, 1979, pág. 126. “En el pasado han abundado los ejemplos de deportaciones de personas a quienes se ha privado de la nacionalidad por la fuerza, pero es de esperar que sean cosas del pasado”, Ivan Anthony Shearer, *Extradition in International Law*, Manchester, University Press, 1971, pág. 76.

<sup>71</sup> Véase, a ese respecto, la posición adoptada por la Asociación de Derecho Internacional, según la cual “ni la desnacionalización ni la denegación de la ciudadanía con arreglo al *jus sanguinis* a personas nacidas en el Estado receptor podrán ser invocadas como fundamentos legítimos en sí mismos para la deportación, la expulsión o el rechazo del regreso”, Asociación de Derecho Internacional, Declaración de principios de derecho internacional sobre la expulsión en masa, 62ª conferencia de la Asociación de Derecho Internacional, Seúl, 24 a 30 de agosto de 1986, *Conference Report 1986*, págs. 13 a 18, en especial pág. 17, Principio 15.

3) de existir, el Estado de la nacionalidad que tiene la obligación de admitir a esa persona<sup>72</sup>; 4) el destino de las personas que pasan, en consecuencia, a ser apátridas; 5) la obligación de un Estado de recibir a sus ex nacionales que son expulsados de otro Estado<sup>73</sup>, y 6) la aplicabilidad del principio de la no devolución a ciertas personas, como los “refugiados políticos”<sup>74</sup>.

## B. La noción de presencia en el territorio de otro Estado

### 1. La presencia de un extranjero

42. La segunda cuestión que se debe considerar al determinar el alcance del tema actual es la noción de *presencia* de un extranjero en el *territorio* de otro Estado<sup>75</sup>.

<sup>72</sup> “Los Estados han privado a veces a las personas de su nacionalidad como medida previa a su expulsión: dado que ello no tendrá como consecuencia que adquieran una nueva nacionalidad, no dará lugar a ninguna obligación por parte de otros Estados de recibir a las personas de que se trate en su territorio”, Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, pág. 945, No. 19.

<sup>73</sup> “Aunque el derecho internacional reconoce la obligación de un Estado de admitir a sus nacionales que han sido expulsados del territorio de otro Estado, hay dudas sobre si esa obligación existe para con los ex nacionales, especialmente las personas que han perdido su nacionalidad por un acto unilateral del Estado de que se trate. Se ha argumentado que, por cuanto los Estados no tienen obligación de autorizar a los extranjeros a residir en su territorio, la buena fe del Estado que había admitido al extranjero en la creencia de que el Estado de su nacionalidad lo readmitiría en caso de ser expulsado se vería burlada si esa obligación se extinguiera por una desnacionalización posterior (Fischer Williams, Lessing, Preuss). Un examen de la práctica de los Estados, que incluye la aplicación de tratados, muestra, sin embargo, que el derecho internacional consuetudinario no impone al Estado de la antigua nacionalidad la obligación de readmisión”, Rainer Hofmann, “Denationalization and forced exile”, *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 1001 a 1007, en especial pág. 1005.

<sup>74</sup> “Cuando la desnacionalización es la consecuencia de diferencias políticas entre un Estado y una persona, las autoridades de un país civilizado no insistirían demasiado en deportarla al Estado de origen. Incluso si se insistiera en su deportación, se permitiría a la persona intentar encontrar algún otro Estado que no le cerrara sus fronteras”, John Fischer Williams, “Denationalization”, *British Yearbook of International Law*, vol. 8, 1927, págs. 45 a 61, en especial pág. 58 (se omiten las citas). “La legislación que impone la pérdida de la nacionalidad como sanción tiene en primer lugar una motivación política y la finalidad de librar al Estado de ciudadanos cuya conducta se considera incompatible con su obligación de lealtad al Estado, o, más exactamente, al gobierno que esté en el poder ... Esas personas son, en realidad, refugiados políticos, para quienes el Estado en que se encuentran es un Estado de asilo. Al insistir sobre su derecho a expulsarlas al Estado de origen, el Estado de asilo estaría violando una obligación humanitaria de acatamiento casi universal. Un acto de esa índole no sería incompatible con el derecho internacional, dado que las personas no tienen derecho al asilo, en sentido estricto. Sin embargo, constituiría ‘una especie de proceso de extradición inverso’, que sería contrario al principio, incorporado en casi todos los tratados de extradición, de que los Estados no deben colaborar en la persecución de delitos políticos contra otras personas”, Lawrence Preuss, “International Law and Deprivation of Nationality”, *Georgetown Law Journal*, vol. 23, 1934, págs. 250 a 276, en especial págs. 274 y 275 (donde se cita a J. P. Clark, *Deportation of Aliens from the United States to Europe*, Nueva York, 1931, en especial pág. 405 (se omiten las citas)).

<sup>75</sup> En un caso se determinó que no era necesaria la presencia de un extranjero para que se dictara un decreto de expulsión. Véase *Cohn-Bendit*, Consejo de Estado, 9 de enero de 1970, *International Law Reports*, vol. 70, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 363 y 364 (“Más aún, la medida de expulsión que tiene el efecto de poner fin a la validez del permiso de residencia de un extranjero en Francia puede adoptarse en relación con un extranjero, aun cuando haya abandonado temporalmente el territorio nacional”).

“Ser nacional de un Estado significa estar sujeto a su ordenamiento jurídico. Sin embargo, dado que el ordenamiento jurídico del Estado tiene un ámbito territorial de aplicación que equivale a una limitación territorial, el nacional puede sustraerse de la jurisdicción de su Estado abandonando su territorio. Como es lógico, el nacional ingresa inmediatamente en la esfera de jurisdicción territorial de otra entidad jurídica, porque prácticamente ya no existe ninguna ‘tierra de nadie’ en el planeta. Es en ese momento que la persona se convierte en un extranjero en los ojos del Estado en cuyo territorio ha ingresado, y en un ciudadano que vive fuera del Estado de su nacionalidad.”<sup>76</sup>

43. En cuanto a su naturaleza, la presencia de un extranjero puede encuadrarse en una de las tres categorías siguientes: 1) presencia legítima, 2) presencia transitoria o 3) presencia física<sup>77</sup>.

**a) Presencia legítima**

44. Se puede considerar que la presencia de un extranjero que ha sido admitido formalmente en el territorio de otro Estado y ha permanecido en él de conformidad con el derecho de ese Estado es legítima. Entre los requisitos generales para que la presencia sea legítima pueden figurar los siguientes: un pasaporte o documento de viaje válidos, cumplimiento de las condiciones de ingreso y cumplimiento de las condiciones para tener presencia ininterrumpida<sup>78</sup>. En algunos países es posible que una persona que ingrese ilegalmente pueda adquirir más tarde la condición de residente legal<sup>79</sup>. La medida adoptada por el Estado territorial de forzar la partida de los extranjeros que se encuentran en situación legal constituiría una expulsión y, por lo tanto, estaría comprendida dentro del alcance del presente tema.

<sup>76</sup> Andreas Hans Roth, véase la nota 19 *supra*, pág. 34.

<sup>77</sup> “Las personas que se presentan en la frontera de un Estado para ser admitidas en él tienen distintas intenciones: quizás deseen atravesar su territorio para llegar a otro Estado, o detenerse en el camino por un período limitado por cuestiones de trabajo o con alguna otra finalidad, o quizás deseen permanecer y fijar su residencia en ese Estado, en forma permanente o temporal, según el caso. El primer grupo nos interesa poco. El período de tiempo que esas personas pasan en el país es tan breve y el contacto con su vida y sus instituciones tan insignificante que pasan casi inadvertidas. El segundo grupo, en cambio, consiste de personas a las que se podría llamar ‘*subditi temporales*’ del Estado, un término que abarca distintas relaciones ... Por último, el tercer grupo se divide a su vez en dos. En primer lugar, los residentes, o los extranjeros domiciliados en el Estado, personas a quienes se permite fijar residencia permanente en el país, y, en segundo lugar, personas que tienen la intención de permanecer en el Estado y adquirir esa nacionalidad en el futuro, o inmigrantes propiamente dichos”, Andreas Hans Roth, *ibíd.*, págs. 34 y 35 (se omiten las citas). “Es irrelevante si la persona está de paso por el territorio o se está quedando allí sólo temporalmente, o si ha fijado allí su residencia; sin embargo, esas diferencias pueden ser importantes en relación con la legalidad de la expulsión en un caso concreto, dado que las disposiciones del derecho interno o los tratados podrían tener influencia en la decisión”, Karl Doehring, “Aliens, Expulsion and Deportation”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 109 a 112, en especial pág. 110.

<sup>78</sup> “En todos los países examinados se considera que un extranjero se encuentra legítimamente en un territorio si posee la documentación adecuada (es decir, pasaporte nacional o documento de viaje reconocido, con los visados correspondientes, de ser necesario); si ha observado las formalidades de control migratorio y no ha excedido el plazo de permanencia en el país establecido en la ley o en las ‘condiciones de ingreso’, permiso de residencia o cualquier otra autorización”, Atle Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law; Asylum, Entry and Sojourn*, vol. II, Leiden, A. W. Sijthoff, 1972, págs. 347 y 348.

<sup>79</sup> “Incluso cuando un extranjero que ingresa a un país en forma clandestina puede ver su situación regularizada posteriormente y convertirse en residente legítimo”, *ibíd.*, pág. 348 (en referencia a la posición del Bundesverwaltungsgericht alemán en *Maxi v. Stadt Munchen*, 7 BVerwGE 231 (1958)).



## b) Presencia transitoria

45. Se puede autorizar a los extranjeros a ingresar en una zona determinada del territorio de un Estado con una finalidad específica, durante un tiempo limitado, sin que sean formalmente admitidos en él de conformidad con su legislación sobre inmigración<sup>80</sup>. Las limitaciones impuestas a la presencia transitoria de un extranjero<sup>81</sup>, así como las posibles causas de cesación de la condición transitoria de extranjero<sup>82</sup>, varían considerablemente de un Estado a otro.

<sup>80</sup> Varios Estados otorgan permisos a extranjeros para que circulen por su territorio o sean admitidos temporalmente (véase, por ejemplo, Belarús, Reglas de 1996, artículos 1, 3 y 4; Brasil, Ley de 1980, artículo 8; Chile, Decreto de 1975, artículos 50 y 51; China, Reglas de 1986, artículo 9; Japón, Orden de 1951, artículos 14 y 15; Malasia, Reglamento de 1963, artículos 12 y 15; Nigeria, Ley de 1963, artículos 11 y 27 y Reglamento de 1963 (L.N. 93), artículos 6, 7 1), 8 1), 13; República de Corea, Ley de 1992, artículos 14 a 16; Federación de Rusia, Ley de 1996, artículo 29, y Estados Unidos, INA, artículo 252). La Federación de Rusia no otorga automáticamente a los extranjeros en tránsito permiso para permanecer en el país (Ley de 1996, artículo 29). Varias leyes nacionales exigen que el extranjero en tránsito presente o porte ciertos documentos, como un pasaporte o permisos válidos (véanse, por ejemplo, Belarús, Reglas de 1996, artículos 1 al 6, 11 y 13, y Ley de 1993, artículo 22; Finlandia, Ley de 2004, artículo 11 1); Japón, Orden de 1951, artículo 3; Nigeria, Ley de 1963, artículo 9 3) d); Reglamento de 1963 (L.N. 93), artículos 8 1) y 13, y Reglamento de 1963 (L.N. 94), artículos 18 y 23 d); Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 12, y Federación de Rusia, Ley de 1996, artículos 29 y 31). La condición jurídica, los derechos o las obligaciones transitorios de un extranjero pueden verse afectados por: 1) el medio de transporte utilizado por el extranjero, por ejemplo, aeronaves (Belarús, Reglas de 1996, artículo 5; China, Ley de 1986, artículo 6 y Reglas de 1986, artículo 8; Japón, Orden de 1951, artículo 16; y Nigeria, Ley de 1963, artículo 52 2), y Federación de Rusia, Ley de 1996, artículo 31; automotores (Belarús, Reglas de 1996, art. 8; Ecuador, Ley de 2004, art. 12, y la Federación de Rusia, Ley de 1996, artículo 29); ferrocarril (Belarús, Reglas de 1996, artículo 10), o barco (China, Reglas de 1986, artículo 9; Japón, Orden de 1951, artículo 16, y Nigeria, Ley de 1963, artículo 52 2); y 2) tratados o acuerdos internacionales firmados por el Estado, como los concluidos con el Estado en el que reside el extranjero o del que es ciudadano, o que ha proporcionado al ciudadano los documentos de viaje pertinentes (Belarús, Reglas de 1996, artículos 1 y 2, y 5 y 6; China, Ley de 1986, artículo 32, y Federación de Rusia, Ley de 1996, artículos 29 y 31).

<sup>81</sup> La presencia transitoria de un extranjero puede limitarse a: 1) cierta zona o lugar físico del territorio, fuera del buque, como una ciudad, aeropuerto o estación de tren (Belarús, Reglas de 1996, artículos 5 y 10; China, Ley de 1986, artículo 6 y Reglas de 1986, artículos 8 y 9; Ecuador, Ley de 2004, artículo 12; Japón, Orden de 1951, artículos 14 y 16; Nigeria, Ley de 1963, artículo 9 3) d); República de Corea, Ley de 1992; artículos 14 a 16, y Túnez, Ley de 1968, artículo 7); 2) un límite máximo a la duración de la estadía permitida (Belarús, Reglas de 1996, artículos 5, 7, 11 y 13; Brasil, Ley de 1980, artículo 8; Chile, Decreto de 1975, artículo 50; China, Ley de 1986, artículo 6 y Reglas de 1986, artículos 8 y 9; Japón, Orden de 1951, artículos 14 a 16; Malasia, Reglamentos de 1963, artículos 12 2) y 15 2); Nigeria, Ley de 1963, artículos 9, 3), d); 11, 3), b) y 27, 3), b), y Reglamentos de 1963 (L.N. 93), artículo 6, 2) y 3), y Reglamentaciones de 1963 (L.N. 94), artículos 18 y 23 d); República de Corea, Ley de 1992, artículos 14 a 16; Federación de Rusia, Ley de 1996, artículos 31 y 32; Reino Unido, Ley de 1971, secc. 8 1), y Estados Unidos, INA, artículo 252); 3) ingreso y egreso por determinados puertos u otros puntos fronterizos (China, Ley de 1986, artículo 6, y Nigeria, Ley de 1963, artículos 9 3) d); 11, 1) a), 27, 1) a) y 52, 1)); 4) una ruta determinada para salir del territorio del Estado (Belarús, Reglas de 1996, artículos 7, 8 y 11, y Ley de 1993, artículo 22; y Japón, Orden de 1951, artículos 15 y 16); o 5) ciertos lugares en los que el extranjero puede detenerse legalmente o procurar recibir servicios a lo largo de la ruta (Belarús, Reglas de 1996, artículos 8 y 9, 11 y 12 y 15).

<sup>82</sup> En particular, si un extranjero cambia el medio de transporte o el vehículo particular que ha utilizado entre su entrada y su salida, incluso si permanece en tierra después de la partida del buque del extranjero, ello puede hacer que el extranjero pierda su condición de extranjero transitorio (Chile, Decreto de 1975, artículos 51 y 85; China, Reglas de 1986, artículo 9; Malasia, Reglamento de 1963, artículo 15, 2); Nigeria, Ley de 1963, artículos 11 2) b) y 27 2),

46. La noción de presencia transitoria se aplica principalmente a dos categorías especiales de extranjeros: 1) los pasajeros que permanecen en la zona de tránsito de un establecimiento desde donde operan los medios de transporte internacional por un breve período de tiempo, por ejemplo, un aeropuerto, antes de continuar hasta su destino final en otro Estado, y 2) la tripulación de buques y aeronaves que pasan por un aeropuerto o puerto marítimo en el territorio de otro Estado o por los alrededores de ese aeropuerto o puerto marítimo o permanecen allí por un breve período de tiempo.

47. En el primer caso, los pasajeros que permanecen en el establecimiento desde donde operan los medios de transporte internacional mientras esperan partir hacia otro Estado no pasan por controles migratorios y, por lo tanto, no son admitidos formalmente en el Estado<sup>83</sup>. Los pasajeros en tránsito que se niegan a continuar el viaje hasta su destino final y pretenden permanecer en el territorio del Estado tendrían más probabilidades de no ser admitidos que de ser expulsados, dado que no han sido admitidos formalmente en el Estado<sup>84</sup>. Por lo tanto, la salida forzosa de los pasajeros en tránsito parecería encontrarse fuera del ámbito de este tema.

---

b); Reino Unido, Ley de 1971, artículo 8 1), y Estados Unidos, INA, artículos 101, a) 15) D) y 252) o que no la pierda (Japón, Orden de 1951, artículo 16, y República de Corea, Ley de 1992, artículo 14).

<sup>83</sup> Este principio tiene como finalidad facilitar los viajes internacionales. Puede aplicarse a aeropuertos, estaciones de tren o puertos marítimos. Para un análisis general del tema de los pasajeros en tránsito, véase Richard Plender, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pág. 345. “En *D. v. the United Kingdom* (sentencia de 2 de marzo de 1997, Reports of Judg. and Dec. 1997-111 No. 37, párr. 48), el Tribunal explicó que, incluso si el solicitante no hubiera ingresado nunca en el Reino Unido en sentido técnico, había estado bajo la jurisdicción del Estado, en custodia, en el aeropuerto de Gatwick, y para el Tribunal era suficiente que ‘hubiera estado físicamente presente allí’.” Hélène Lambert, *The Position of Aliens in Relation to the European Convention on Human Rights (La situation des étrangers au regard de la Convention Européenne des Droits de l’Homme)*, Human Rights Files, No. 8, 2ª ed. rev., Council of Europe Publishing, 2001, págs. 51 y 52, n. 14.

<sup>84</sup> “Cuando un hombre se presenta en un aeropuerto en este país y procura obtener permiso para desembarcar aquí, no es necesario que el oficial de inmigración otorgue o deniegue el permiso inmediatamente. La cuestión puede quedar en suspenso mientras se realizan investigaciones, o, como ocurre en este caso, cuando [el extranjero] no esté en condiciones de recibir una comunicación. Por lo tanto, en el caso de un mariner que sobrevivió a un naufragio y fue rescatado del mar, la cuestión de si tiene permiso para desembarcar quizás no se resuelva durante algunos días. El permiso de desembarco podría quedar en suspenso, pero, cuando se deniega posteriormente, se deniega y eso es todo lo que cuenta. Por lo tanto, podía transcurrir en este caso un período intermedio ...”, *Regina v. Secretary of State for Home Affairs*, ex parte *Soblen*, Tribunal de Apelaciones [1962] 3 All E.R. 379, 33 ILR 245, pág. 252, Lord Denning M. R. (por el Tribunal). “... es bien sabido que el actor era un hombre con respecto al cual se había instruido a los oficiales de inmigración que le denegaran permiso para desembarcar en el país ... Desembarcó, es cierto, sin tener permiso para hacerlo, pero lo hizo, en mi opinión —y como fue obvio poco tiempo después para las autoridades de inmigración— de una aeronave en un puerto autorizado, con el único propósito de embarcarse en una aeronave en el mismo puerto. En esas circunstancias, de conformidad con el artículo 2 I) b) [de la Orden sobre extranjería, 1953], su desembarco fue legítimo, dado que no es necesario ningún permiso para desembarcar en esas circunstancias ... Es bastante claro que en ningún momento se le otorgó ni negó permiso para desembarcar”, Tribunal de Apelaciones (Queen’s Bench Division) en *Kuchenmeister v. Home Office and Another* [1958] 1 All E.R. 485 (1958-ii) 26 ILR 466, Barry J. En este caso se trataba de “un extranjero que había sido detenido durante algunas horas en el aeropuerto de Londres porque los oficiales de inmigración no le permitían pasar de una sección del aeropuerto a otra, donde tenía que tomar otro vuelo. Como consecuencia, perdió el avión y tuvo que permanecer en el aeropuerto hasta el día siguiente”. Atle Grahl-Madsen, nota 78 *supra*, pág. 341.

48. En el segundo caso, los miembros de la tripulación están sujetos a sus propios regímenes de viaje, que tienen por finalidad facilitar su tránsito hacia países extranjeros<sup>85</sup>. La expulsión de miembros de la tripulación que permanecen en el territorio de otro Estado más allá del plazo permitido se logra generalmente mediante procedimientos especiales más que mediante el procedimiento de expulsión de extranjeros<sup>86</sup>. Por lo tanto, la salida forzosa de miembros de la tripulación también parecería exceder el alcance de este tema.

### c) Presencia física

49. El extranjero que cruza la frontera de un Estado del que no es nacional sin ser admitido formalmente o sin ingresar en él<sup>87</sup> de conformidad con la ley de inmigración del país, se encuentra, no obstante, físicamente presente en ese Estado<sup>88</sup>. Existen dudas sobre si las medidas adoptadas por el Estado territorial para

<sup>85</sup> “Aunque no se encuentran a primera vista en la misma clase que los diplomáticos y funcionarios internacionales, los miembros de la tripulación de buques y aeronaves también gozan de su propio régimen de viajes. Tanto la Organización de Aviación Civil Internacional como la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental han estado a la vanguardia en la adopción generalizada de normas y prácticas internacionales sobre el movimiento de tripulantes de buques y aeronaves”, Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 156. Véase el Convenio sobre los documentos de identidad de la gente de mar, Ginebra, 13 de mayo de 1958, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 389, No. 108, pág. 277; Convención sobre facilitación del tráfico marítimo internacional, Londres, 9 de abril de 1965, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 591, No. 8564, pág. 265. “Sin embargo, ciertas categorías de personas están exentas de control de ingreso o gozan de privilegios cuando pretenden ingresar en el territorio de un Estado extranjero. Es el caso, por ejemplo ... de los tripulantes, sobre la base de tratados bilaterales, que después pasaron a ser multilaterales”, Hélène Lambert, nota 83 *supra*, pág. 11 (se omite la cita).

<sup>86</sup> “Las organizaciones internacionales han hecho mucho por crear un régimen racional que facilite el ingreso y la estadía temporales de los miembros de la tripulación. La intención principal ha sido hacer más expeditivos los viajes internacionales y evitar las demoras innecesarias que causan los procedimientos de inmigración. Desde ese punto de vista, quizás no sorprenda que se haya compensado la facilidad con que se permite el ingreso de los miembros de las tripulaciones con medidas rigurosas para expulsar a quienes deciden quedarse”, Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 158 (se omiten las citas).

<sup>87</sup> Véase, por ejemplo, *Syoum Faisa Joseph v. U.S.: Immigration & Naturalization Service*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Sección Cuarta, 20 de mayo de 1993 [No. 92-1641] (“El ‘ingreso’, en el contexto de la INA, es un término del artículo 8 U.S.C § 1101 a) 13) (1988). La presencia física en sí misma no es suficiente para constituir ‘ingreso’. Más bien, a fin de que quede conformado el ‘ingreso’ a los Estados Unidos, el extranjero debe: 1) hallarse físicamente presente en los Estados Unidos; 2) a) haber pasado por una inspección y haber sido admitido por un funcionario de inmigraciones, o b) haber evadido real y voluntariamente las inspecciones, y 3) no encontrarse físicamente sujetos al control de las autoridades”) (se omiten las citas).

<sup>88</sup> “Es cierto que los extranjeros que han pasado por nuestras puertas, incluso ilegalmente, sólo pueden ser expulsados después de que se lleven a cabo procedimientos ajustados a normas tradicionales de justicia que respeten las garantías procesales. Pero un extranjero que se halla a punto de ingresar se encuentra en una situación diferente ...”, *Shaughnessy v. Mezei*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 16 de marzo de 1953, 345 U.S. 206 (citado de (1953) 20 ILR 264, pág. 267) (se omiten las citas). “Es importante observar desde el principio que nuestras leyes de inmigración han distinguido durante mucho tiempo los extranjeros que han llegado a nuestras costas con la pretensión de ser admitidos ... de los que se encuentran dentro de los Estados Unidos después de haber ingresado, independientemente de la legalidad de su ingreso”, *Leng May Ma v. Barber*, 357 U.S. 185 (1958) (citado de (1958-II) 26 ILR 475, págs. 475 y 476) “Durante más de medio siglo este Tribunal ha sostenido que la detención de un extranjero mientras se decide la admisión no constituye ingreso, desde el punto de vista jurídico, aunque el extranjero se encuentra físicamente en los Estados Unidos”, *Leng May Ma v. Barber*, 357 U.S. 185 (1958) (citado de (1958-II) 26 ILR 475, pág. 476). “El ingreso a un territorio se produce al cruzar la línea de

forzar la salida de extranjeros ilegales constituyen expulsión y no otro procedimiento, por ejemplo, la denegación de la admisión<sup>89</sup>. Puede considerarse que la presencia del extranjero en el territorio es una cuestión de hecho, no de derecho<sup>90</sup>. En ese caso se aplicaría la ley nacional sobre la denegación del ingreso o la admisión. Los requisitos sustantivos y procesales de admisión o expulsión no suelen ser los mismos. Los Estados en general ejercen una mayor discrecionalidad y otorgan menos garantías procesales cuando resuelven las solicitudes de admisión o ingreso de extranjeros. La condición de extranjero ilegal y el procedimiento para forzar la salida de ese extranjero pueden variar según la ley nacional del Estado de que se trate. Por lo tanto, el procedimiento puede ser denominado expulsión, no admisión o de algún otro modo por la ley nacional<sup>91</sup>.

“Los Estados establecen en su derecho interno las condiciones bajo las cuales los extranjeros pueden ingresar en su territorio. En general esas leyes exigen que la persona se identifique presentando su pasaporte y se reservan para el Estado el derecho de otorgar permisos especiales mediante la expedición de visas. El ingreso ilegal puede tener como consecuencia la expulsión del extranjero sobre la base de que no se había justificado el ingreso. La cuestión de si el extranjero puede pedir protección judicial en los tribunales nacionales para impugnar la denegación de la admisión sólo puede resolverse mediante la aplicación de las normas del sistema jurídico nacional de que se trate. Incluso si un Estado no otorga protección judicial en los casos de denegación de la admisión y considera que la decisión administrativa es definitiva, no incurre en una violación del derecho internacional consuetudinario.”<sup>92</sup>

50. Se plantea la cuestión de si el alcance de este tema debería limitarse a la expulsión de los extranjeros que se encuentran legítimamente presentes en el territorio de otro Estado o si puede extenderse para incluir a los extranjeros ilegales que se encuentran físicamente presentes en él. El criterio más limitado sería, presumiblemente, menos complicado y más expeditivo. Sin embargo, no resolvería una situación de considerable importancia práctica, dada la frecuencia con que ocurre<sup>93</sup>. El criterio más amplio exigiría examinar el concepto de “extranjero ilegal”, así como las condiciones sustantivas y procesales necesarias para la expulsión de esos extranjeros, en comparación con quienes se encuentran legítimamente presentes en el Estado.

---

frontera y, de ese modo, poner pie en él. En ese momento la persona pasa a estar bajo la jurisdicción territorial del Estado de que se trate, —una jurisdicción que se extiende exactamente hasta la línea de frontera, pero no más allá”, Atle Grahl-Madsen, nota 78 *supra*, pág. 223.

<sup>89</sup> “En los casos en que un extranjero ha ingresado al territorio ilegalmente, sin el conocimiento de las autoridades nacionales, y es deportado después, puede ser dudoso si esa acción del Estado constituye una expulsión o una prohibición de ingreso. Sin embargo, la diferencia es sólo una cuestión terminológica, dado que la consecuencia jurídica en ambos casos puede ser la deportación forzosa”, Karl Doehring, “Aliens, Expulsion and Deportation”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, 1992, vol. I, págs. 109 a 112, en especial pág. 110.

<sup>90</sup> “Pero la mera presencia física en el territorio de un Estado no siempre hace que una persona quede sujeta a la ley del lugar, o que quede plenamente sujeta a ella”, Atle Grahl-Madsen, nota 78 *supra*, pág. 334.

<sup>91</sup> Véanse la parte III.C.1 b) y la parte X.A.

<sup>92</sup> Karl Doehring, “Aliens, Admission”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 107 a 109, en especial pág. 108.

<sup>93</sup> “La expulsión es en general una medida a la que recurren los Estados para combatir la inmigración ilegal, aunque también puede afectar a los inmigrantes legales”, Giorgio Gaja, nota 28 *supra*, pág. 289.

## 2. El territorio de un Estado

51. Es posible que el concepto de territorio de un Estado a los fines de ejercer la jurisdicción o incurrir en responsabilidad en virtud del derecho internacional sea algo más amplio que las fronteras del Estado establecidas con la finalidad de ejercer controles inmigratorios con arreglo al derecho interno. Como reconoce la Corte Internacional de Justicia, la soberanía territorial de un Estado incluye las aguas internas, el mar territorial y el espacio aéreo reconocidos por el derecho internacional: “El concepto jurídico básico de soberanía estatal en el derecho internacional consuetudinario, expresado, entre otras cosas, en el párrafo 1 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, se aplica también a las aguas interiores y al mar territorial de todos los Estados y al espacio aéreo que se encuentra sobre su territorio”<sup>94</sup>.

52. El concepto de territorio de un Estado a los fines de determinar si un extranjero ha ingresado a un Estado o ha sido admitido en él puede limitarse a su tierra y aguas interiores. Por lo tanto, es posible que exista una distinción entre el ingreso de un extranjero al territorio de un Estado como cuestión de hecho, si se tienen en cuenta los límites territoriales de un Estado, y como cuestión de derecho, si se tienen en cuenta los puntos de ingreso establecidos con fines de control inmigratorio. Las fronteras de un Estado a los fines del control inmigratorio estarán determinadas muy probablemente en el derecho nacional del Estado en el contexto de la aplicación de su ley de inmigración.

“Aunque los límites territoriales de un Estado lleguen hasta las fronteras de su mar territorial, no significa que el ingreso al mar territorial constituya ingreso en el Estado, en el que ‘ingreso’ es el hecho jurídico necesario y suficiente para desencadenar la aplicación de un sistema especial de normas internacionales, como las relativas a los desembarcos de emergencia o la inmunidad por la ilegalidad del ingreso. En general, los Estados aplican sus leyes de inmigración no dentro de sus aguas territoriales, sino dentro de sus aguas interiores, aunque puede sostenerse que el ‘ingreso’ ocurre en el momento en que se cruza el límite exterior del mar territorial.”<sup>95</sup>

53. La distinción de si el ingreso de un extranjero al territorio de un Estado es una cuestión de hecho o de derecho puede ser importante a los efectos de determinar: 1) la posibilidad de interceptar y expulsar a cualquier extranjero ilegal o indeseable por alguna otra razón antes de que haya cruzado la frontera con el fin de inmigrar<sup>96</sup>, o 2) la posibilidad de forzar la salida de un extranjero ilegal o indeseable por alguna otra razón no admitiéndolo, en vez de expulsarlo después de que haya cruzado la frontera<sup>97</sup>.

<sup>94</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, fondo, sentencia, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 111, párr. 212. “La soberanía territorial comprende principalmente la tierra, el mar territorial adyacente, los fondos marinos y el subsuelo del mar territorial. El concepto de territorio incluye las islas, islotes, rocas y corales”. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, pág. 105 (se omiten las citas). “Las aguas interiores, al encontrarse más allá de las líneas que se utilizan para delimitar las aguas territoriales, se encuentran completamente dentro de la jurisdicción del Estado. El mar territorial también es una zona en la que el Estado ribereño ejerce plena soberanía y en la que, sujeto a los requisitos del paso inocente, pueden aplicarse todas las leyes del Estado ribereño. La soberanía que se ejerce en este caso no difiere en sustancia de la que se tiene sobre el territorio del Estado”, Guy S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, 2ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1996, págs. 162 y 163. Véase también Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, pág. 572.

<sup>95</sup> Guy S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, 2ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1996, pág. 163 (se omiten las citas).

<sup>96</sup> Véase la parte III.B.4.

<sup>97</sup> Véase la parte III.C.1 b).

### 3. Situaciones especiales

54. En principio los extranjeros están sometidos a la jurisdicción del Estado en el que están presentes<sup>98</sup>. Sin embargo, existen algunos casos en los que la presencia de un extranjero en el territorio de otro Estado puede plantear cuestiones jurisdiccionales especiales. Esos casos excepcionales parecerían estar regulados por normas especiales de derecho internacional (*lex specialis*) más que por normas relativas a la expulsión de extranjeros, por lo que no corresponderían al ámbito de este tema.

#### a) Lugares sometidos al principio de la inviolabilidad

55. Existen zonas en el territorio de un Estado que están sujetas al principio de la inviolabilidad como cuestión de derecho internacional, en especial locales diplomáticos, consulares, de misiones especiales y organizaciones internacionales. En algunos casos se ha otorgado refugio a personas en esos lugares. Las personas que solicitan refugio son en general nacionales del Estado territorial. Sin embargo, también extranjeros han solicitado refugio en esos lugares<sup>99</sup>. Esa práctica ha recibido el nombre de “asilo extraterritorial”<sup>100</sup> o, “asilo diplomático” cuando la persona solicita asilo en locales

<sup>98</sup> “El hecho de que todo Estado posea supremacía territorial sobre todas las personas que se encuentran en su territorio, sean nacionales o extranjeros, excluye la posibilidad de que Estados extranjeros ejerzan poder sobre sus nacionales en el territorio de otro Estado”, Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, pág. 901.

<sup>99</sup> “En el decenio de 1980 se dio un caso bastante especial cuando un gran número de nacionales de la República Democrática de Alemania, para quienes emigrar era en la mayoría de los casos ilegal, prácticamente invadió las embajadas de la República Federal de Alemania en varios Estados de Europa oriental, especialmente en Checoslovaquia, con el fin de solicitar permiso para radicarse en la República Federal (cuyas autoridades los consideraban alemanes, con los derechos correspondientes a los nacionales en la República Federal ...). Los incidentes comenzaron alrededor de 1984 y crecieron en magnitud y frecuencia hasta que, en 1989, en una oportunidad, hubo más de 1.000 personas acampando en el terreno de la embajada de la República Federal en Praga”, Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, en especial pág. 1083, No. 3.

<sup>100</sup> “El término ‘asilo extraterritorial’ se utiliza aquí para hacer referencia al asilo otorgado dentro del territorio del Estado del que el solicitante de asilo desea protegerse. Se refiere al asilo en legaciones, consulados, buques de guerra y barcos mercantes en los puertos del Estado del que el solicitante de asilo está tratando de escapar. En ese aspecto difiere del asilo ‘territorial’, que se otorga dentro del territorio del Estado que lo concede. El asilo extraterritorial se otorga en desmedro de la soberanía territorial del Estado en el que se otorga, dado que pone límites a la jurisdicción de éste último sobre todas las personas que se hallan en su territorio, jurisdicción que es, en derecho internacional, un atributo esencial de la soberanía del Estado. Por lo tanto, no se trata de una práctica que pueda seguirse con ligereza; debe establecerse claramente su fundamento jurídico. Porque es un principio general de derecho que los derechos que se invocan en desmedro de las normas generales del derecho internacional deben demostrarse claramente ... Podemos ahora considerar la cuestión de si la posición actual en materia de asilo en las legaciones y buques es satisfactoria desde el punto de vista de los Estados involucrados y, especialmente, de los Estados que lo otorgan. Como se ha demostrado, su finalidad es doble: en primer lugar, actuar humanamente; en segundo lugar, no interferir indebidamente en los asuntos internos de otro Estado. Se ha mostrado que no existe, a ese respecto, ningún principio de derecho que en sí mismo legitime ciertas transgresiones limitadas a la soberanía del Estado sobre la base de consideraciones humanitarias. Al respecto, la práctica de los Estados no ha consagrado el principio de la intervención humanitaria en su forma más amplia. En la práctica, el reclamo de humanitarismo queda satisfecho únicamente cuando no viola las facultades de las autoridades locales, o, como ocurre en el caso de los usos, cuando depende de su consentimiento. Sin embargo, es probable que el otorgamiento de asilo dañe las relaciones entre el Estado cuyo representante lo otorga y el Estado en cuyo territorio se otorga ... Teniendo en cuenta que la finalidad principal de una legación es el establecimiento de buenas relaciones, el otorgamiento de asilo parecería no sólo ajeno al fin de la legación sino opuesto a él”, Felice Morgenstern, “Extra-Territorial Asylum”, *British Year Book of International Law*, vol. 25, 1948, págs. 236 a 261, en especial págs. 236, 259 y 260 y 261 (se omiten las citas) (en referencia en parte a la opinión consultiva de la Corte Permanente

diplomáticos<sup>101</sup>. La capacidad de un Estado de lograr la custodia física de un extranjero que se encuentra presente en ese lugar a los fines de expulsarlo y deportarlo se regirá por las normas de derecho internacional relativas a las relaciones diplomáticas<sup>102</sup>, las relaciones consulares<sup>103</sup>, las misiones especiales<sup>104</sup> y las organizaciones internacionales<sup>105</sup>.

de Justicia Internacional en la causa *Access of Polish War-vessels to the Port of Danzig* (*Publications of the Court*, Series A/B, No. 43, pág. 142)).

- <sup>101</sup> “La práctica de otorgar asilo diplomático en circunstancias excepcionales es de larga data, pero es cuestionable hasta qué punto forma parte del derecho internacional general ... Pero como señaló la Corte Internacional de Justicia en la causa *Asylum*: ‘el refugiado se encuentra dentro del territorio del Estado en el que se cometió el delito. La decisión de otorgar asilo diplomático implica un menoscabo de la soberanía de ese Estado. La decisión sustrae al trasgresor de la jurisdicción del Estado territorial y constituye una intervención en cuestiones que son de competencia exclusiva de ese Estado. Ese menoscabo de la soberanía territorial no puede reconocerse a menos que se establezcan sus fundamentos jurídicos en cada caso en particular’. Por lo tanto, en ausencia de un fundamento jurídico consagrado, como sería un tratado o una costumbre establecida, debe entregarse al refugiado a las autoridades territoriales si éstas lo solicitan y, si se niega la entrega del refugiado, pueden adoptarse medidas coercitivas para inducirla. Si se tiene en cuenta que los locales de una embajada son inviolables, no son claros los límites aceptables de esas medidas”, Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim's International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, págs. 1082 y 1083 (se omiten las citas) (en referencia a *C.I.J. Report* (1950), en especial pág. 274).
- <sup>102</sup> Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, 18 de abril de 1961, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 500, No. 7310, pág. 162, artículo 22, párr. 1 (“Los locales de la misión son inviolables. Los agentes del Estado receptor no podrán penetrar en ellos sin consentimiento del jefe de la misión”). “La inviolabilidad de los locales de una misión tiene dos aspectos diferenciados. El primero es la inmunidad de cualquier medida encaminada al cumplimiento de la ley por parte de las autoridades del Estado receptor – ingreso, allanamiento, requisiciones, y hasta la notificación de documentos jurídicos”, Eileen Denza, “Diplomatic Agents and Missions, Privileges and Immunities”, en Bernhardt Rudolf (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 1040 a 1045, en especial pág. 1041.
- <sup>103</sup> Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, 24 de abril de 1963, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 596, No. 8638, pág. 392, artículo 31:
1. Los locales consulares gozarán de la inviolabilidad que les concede este artículo.
  2. Las autoridades del Estado receptor no podrán penetrar en la parte de los locales consulares que se utilice exclusivamente para el trabajo de la oficina consular, salvo con el consentimiento del jefe de la oficina consular, o de una persona que él designe, o del jefe de la misión diplomática del Estado que envía. Sin embargo, el consentimiento del jefe de oficina consular se presumirá en caso de incendio, o de otra calamidad que requiera la adopción inmediata de medidas de protección.”
- Véase Constantin Economidès, “Consular Relations”, en Bernhardt Rudolf (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 765 a 768, en especial pág. 767.
- <sup>104</sup> Convención sobre las Misiones Especiales, 8 de diciembre de 1969, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1400, No. 23431, pág. 297, artículo 25, párr. 1:
- “Los locales en que la misión especial se halle instalada de conformidad con la presente Convención son inviolables. Los agentes del Estado receptor no podrán penetrar en ellos sin el consentimiento del jefe de la misión especial o, en su caso, del jefe de la misión diplomática permanente del que envía acreditado ante el Estado receptor. Ese consentimiento podrá presumirse en caso de incendio o de otro siniestro que ponga en peligro serio la seguridad pública, y sólo en el caso de que no haya sido posible obtener el consentimiento expreso del jefe de la misión especial o, en su caso, del jefe de la misión permanente.”
- <sup>105</sup> Véase, por ejemplo, el Acuerdo relativo a la Sede de las Naciones Unidas, Lake Success, 26 de junio de 1947, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 31 de octubre de 1947, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 11, No. 147, pág. 11, secc. 9:
- a) El distrito de la sede será inviolable. Los agentes o funcionarios federales, estatales o locales de los Estados Unidos de América, tanto administrativos como judiciales,

## b) Empresas de transporte público

56. En segundo lugar, es posible que una aeronave o buque que tenga la nacionalidad de un Estado<sup>106</sup> esté presente en el territorio de otro. Pueden existir casos en los que el capitán de esa aeronave o buque desee hacer desembarcar a un pasajero que: 1) no sea nacional del Estado territorial, y 2) sólo tenga permiso para ingresar en el Estado territorial temporalmente para transitar en él (o en el caso de un aterrizaje o desembarco de emergencia, quizás no tenga permiso de ningún tipo). Puede considerarse que el extranjero está bajo la custodia de la empresa de transporte público<sup>107</sup>. En algunas situaciones es posible que se trate a la aeronave o al buque como parte del territorio de su Estado de nacionalidad<sup>108</sup>. Al mismo tiempo se considera en general que la aeronave o el buque están sujetos a la jurisdicción territorial del Estado en el que se encuentran<sup>109</sup>.

---

militares o policiales, sólo podrán entrar en el distrito de la sede, para ejercer sus funciones oficiales, con permiso y en las condiciones aprobadas por el Secretario General. La práctica de diligencias judiciales, incluso el embargo de propiedad privada, solamente podrá efectuarse en el distrito de la sede con el consentimiento y en las condiciones aprobadas por el Secretario General.

b) Sin perjuicio de las disposiciones de la Convención General o del artículo IV de este acuerdo, las Naciones Unidas impedirán que el distrito de la sede sirva de refugio a personas que traten de evitar ser detenidas en cumplimiento de la legislación federal, estatal o local de los Estados Unidos de América, o reclamadas por el Gobierno de los Estados Unidos de América para su extradición y entrega a otro país, o que traten de eludir diligencias judiciales.”

<sup>106</sup> “Las aeronaves tienen la nacionalidad del Estado en el que estén matriculadas”, Convenio sobre Aviación Civil Internacional, Chicago, art. 17. “Los buques poseerán la nacionalidad del Estado cuyo pabellón estén autorizados a enarbolar”, Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1834, No. 31363, pág. 371, art. 91 1). Véanse Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, pág. 731; y Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, *Studies in Transnational Legal Policy*, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, pág. 3.

<sup>107</sup> “La custodia del extranjero, a menos que se ordene otra cosa, se considera responsabilidad de la empresa de transporte”. Jack Wasserman, *Immigration Law and Practice*, 3ª ed., Nueva York, The American Law Institute, 1979, pág. 423 (en referencia a la práctica de los Estados Unidos de América).

<sup>108</sup> “La primera pregunta que es necesario contestar es si un buque mercante es parte del territorio de un Estado. En esta materia, hay dos teorías opuestas: según una, el buque es un fragmento flotante del territorio del Estado, y según la otra, el buque es sólo un bien de un Estado que se encuentra en un lugar en el que no existe jurisdicción local. Ninguna teoría goza de la aceptación de la mayoría de los especialistas en derecho internacional. La opinión generalmente aceptada es que un buque mercante en mar abierto no está sujeto a la jurisdicción territorial, sino a la jurisdicción del Estado del pabellón (salvo en casos excepcionales, a bordo de un buque están sujetos a la jurisdicción del Estado del pabellón), Convención sobre la Alta Mar, Ginebra, 29 de abril de 1958, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 450, No. 6465, pág. 115, art. 6. Se considera que la Convención declara principios generales de derecho internacional (el problema no es el asilo ‘extraterritorial’, en el sentido de que los buques no se encuentran en los puertos del Estado del que el solicitante de asilo intenta escapar. Si fuera así, el problema del menoscabo de la soberanía del Estado sobre su territorio sería pertinente)”, Chooi Fong, “Some Legal Aspects of the Search for Admission into other States of Persons Leaving the Indo-Chinese Peninsula in Small Boats”, *British Year Book of International Law*, Oxford, University Press, vol. 52, 1982, págs. 53 a 118, en especial págs. 100 y 101 (los Nos. 3 y 4 se reproducen entre paréntesis).

<sup>109</sup> Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, pág. 622; Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, *Studies in Transnational Policy*, vol. 23, Washington, D.C., American Society of



57. Obligar a un extranjero a abandonar una aeronave o buque extranjero que se encuentra en el territorio de otro Estado no parecería constituir una expulsión. El extranjero se encontraría físicamente presente en la aeronave o el buque de un Estado extranjero o en los establecimientos desde donde operan los medios de transporte internacional del Estado territorial. El extranjero no habría sido formalmente admitido en el Estado ni habría ingresado en su territorio desde el punto de vista jurídico. Esa situación parecería regirse por las normas de derecho internacional (por ejemplo, el derecho de la aviación civil internacional<sup>110</sup> o el derecho marítimo internacional<sup>111</sup>), más que por las normas que regulan la

International Law, 1992, pág. 85, y Atle Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law; Asylum, Entry and Sojourn*, vol. II, Leiden, A. W. Sijthoff, 1972, pág. 55.

<sup>110</sup> Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, Tokio, 14 de septiembre de 1963, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 704, No. 10106, pág. 242, artículos 6 1); 8 1) y 2) y 14 1) y 2):

Artículo 6

“1. Cuando el comandante de la aeronave tenga razones fundadas para creer que una persona ha cometido, o está a punto de cometer, a bordo una infracción o un acto previstos en el artículo 1, párrafo 1, podrá imponer a tal persona las medidas razonables, incluso coercitivas, que sean necesarias:

- a) Para proteger la seguridad de la aeronave y de las personas y bienes en la misma;
- b) Para mantener el buen orden y la disciplina a bordo;
- c) Para permitirle entregar tal persona a las autoridades competentes o

desembarcarla de acuerdo con las disposiciones de este capítulo.

Artículo 8

1. El comandante de la aeronave podrá, siempre que sea necesario a los fines previstos en el artículo 6, párrafo 1 a) o b), desembarcar en el territorio de cualquier Estado en el que aterrice la aeronave a cualquier persona sobre la que tenga razones fundadas para creer que ha cometido, o está a punto de cometer, a bordo de la aeronave, un acto previsto en el artículo 1, párrafo 1 b).

2. El comandante de la aeronave comunicará a las autoridades del Estado donde desembarque a una persona, de acuerdo con lo previsto en el presente artículo, el hecho de haber efectuado tal desembarque y las razones de ello.

Artículo 14

1. Cuando una persona, desembarcada de conformidad con el artículo 8, párrafo 1, entregada de acuerdo con el artículo 9, párrafo 1, o desembarcada después de haber cometido alguno de los actos previstos en el artículo 11, párrafo 1, no pueda o no desee proseguir el viaje, el Estado de aterrizaje, si rehúsa admitirla y se trata de una persona que no sea nacional del mismo ni tenga en él su residencia permanente, podrá enviarla al territorio del Estado del que sea nacional o residente permanente o al del Estado donde inició su viaje aéreo.

2. El desembarque, la entrega, la detención o la adopción de las medidas aludidas en el artículo 13, párrafo 2, o el envío de la persona conforme al párrafo anterior del presente artículo no se considerarán como admisión en el territorio del Estado Contratante interesado a los efectos de sus leyes relativas a la entrada o admisión de personas y ninguna disposición del presente Convenio afectará a las leyes de un Estado Contratante, que regulen la expulsión de personas de su territorio.”

<sup>111</sup> Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, 10 de marzo de 1988, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1678, No. 29004, pág. 262, art. 8:

“1. El capitán de un buque de un Estado Parte (el “Estado del pabellón”) podrá entregar a las autoridades de cualquier otro Estado Parte (el “Estado receptor”) a cualquier persona respecto de la que tenga razones fundadas para creer que ha cometido alguno de los delitos enunciados en el artículo 3.

2. El Estado del pabellón se asegurará de que el capitán de un buque de su pabellón tenga, siempre que sea factible y a ser posible antes de entrar en el mar territorial del Estado receptor llevando a bordo a cualquier persona a la que el capitán disponga a entregar de

expulsión de extranjeros. Por lo tanto, los casos que implican el abandono forzoso por parte de un extranjero de una aeronave o buque extranjeros no parecerían estar comprendidos dentro del alcance de este tema.

**c) Buques de guerra**

58. Los buques de guerra tienen derecho a prerrogativas e inmunidades especiales cuando se encuentran presentes en aguas territoriales, lo que limita la capacidad del Estado territorial de obtener la custodia de los extranjeros (incluso de quienes no son miembros de la tripulación), que se encuentran presentes en el buque<sup>112</sup>.

**d) Bases militares**

59. Es posible que la base militar u otros locales de los miembros de las fuerzas armadas de un Estado en el territorio de otro Estado sean inviolables<sup>113</sup>. En tiempos

---

conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1, la obligación de comunicar a las autoridades del Estado receptor su propósito de entregar a esa persona y las razones para ello.

3. El Estado receptor aceptará la entrega, salvo cuando tenga razones para estimar que el Convenio no es aplicable a los hechos que motivan la entrega, y procederá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7. Toda negativa de aceptar una entrega deberá ir acompañada de una exposición de las razones de tal negativa.

4. El Estado del pabellón se asegurará de que el capitán de un buque de su pabellón tenga la obligación de suministrar a las autoridades del Estado receptor las pruebas relacionadas con el presunto delito que obren en poder del capitán.

5. El Estado receptor que haya aceptado la entrega de una persona de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3, podrá a su vez pedir al Estado del pabellón que acepte la entrega de esa persona. El Estado del pabellón examinará cualquier petición de esa índole y si la acepta procederá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7. Si el Estado del pabellón rechaza la petición, entregará al Estado receptor una exposición de sus razones para tal rechazo.”

<sup>112</sup> “En cierto sentido, se solía hacer referencia a los buques de guerra que se encontraran en aguas extranjeras como ‘pedazos flotantes del Estado del pabellón’. La ficción de extraterritorialidad que implicaba esa opinión fuera rechazada en *Chung Chi Cheung v. The King*, 1939, AC 160. Sin embargo, un buque de guerra tiene una situación y prerrogativas especiales. Al ser un órgano del Estado, un buque de guerra goza de la inmunidad soberana de ese Estado frente a la jurisdicción de otros Estados. Un buque de guerra con personas y bienes a bordo, sigue estando bajo la jurisdicción de su Estado del pabellón incluso mientras se encuentra en aguas territoriales. No pueden iniciarse procedimientos judiciales contra el buque ni para recuperar bienes, ni por daños causados por una colisión, ni por recompensa por un salvamento, ni por ninguna otra causa. Ningún funcionario del Estado del litoral está autorizado a abordar el buque sin permiso especial del comandante ... Ni siquiera las personas que no forman parte de la tripulación pero que, después de haber cometido un delito en el territorio del Estado del litoral, se han refugiado a bordo, pueden ser obligadas a descender por la fuerza; si el comandante se niega a entregarlas, la entrega a su Estado de origen sólo puede obtenerse por vía diplomática. Como ocurre en otros casos de inmunidad jurisdiccional, el Estado del pabellón del buque de guerra puede renunciar a sus privilegios para permitir el ejercicio de la jurisdicción del Estado del litoral”. Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, págs. 1167 a 1169 (se omiten las citas). Para un análisis de la inmunidad de los buques del Estado que no son buques de guerra, véanse *ibíd.*, pág. 1170; y Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, pág. 31.

<sup>113</sup> “Una cuestión distinta del ejercicio de la jurisdicción en relación con cuestiones inherentes al empleo de la fuerza es si las autoridades del Estado receptor tienen el derecho de ingresar en los locales o el campamento ocupado por la fuerza visitante. Si la cuestión no se encuentra regulada por un tratado, la situación jurídica no es clara y deberá ser determinada teniendo en cuenta lo que razonablemente pueda deducirse de las circunstancias que rodean al consentimiento dado para la presencia de la fuerza en el Estado receptor y el grado de soberanía que retuvo la fuerza cuando fue establecida. En la medida en que el Estado receptor tenga la obligación de respetar la

de paz, es posible que las fuerzas armadas de un Estado estén presentes temporalmente o por un período prolongado en el territorio de otro Estado con el consentimiento del Estado receptor. La presencia de las fuerzas armadas está regulada en general por un acuerdo entre ambos Estados. El ejercicio de la jurisdicción del Estado que envía la fuerza o del Estado receptor con respecto a los extranjeros civiles o militares que se encuentran en el territorio del Estado receptor, incluidos quienes se encuentren en una base militar<sup>114</sup> bajo la autoridad del Estado que envió la fuerza, se rige, por lo general, por los términos del acuerdo entre ambos Estados. La salida forzosa de extranjeros que están presentes en una base militar operada por su Estado en el territorio de otro Estado se regiría normalmente por los términos del acuerdo y no por las normas de derecho internacional relativas a la expulsión de los extranjeros<sup>115</sup>.

#### 4. Intercepción de extranjeros

60. Es posible que un Estado tome medidas para impedir el ingreso de extranjeros antes de que crucen la frontera y se encuentren físicamente presentes en su territorio. Al respecto, en los últimos años se ha dado cada vez con más frecuencia la aplicación extraterritorial de las leyes de inmigración en relación con la detención de extranjeros ilegales que intenten llegar a las costas de otro Estado por mar y extranjeros sospechosos de actividades terroristas internacionales que utilicen cualquier medio de transporte. También podría parecer que esas cuestiones exceden el alcance de este tema, dado que se relacionan con la prohibición del ingreso de los extranjeros antes de ser admitidos en el Estado, y no con su expulsión posterior.

---

inviolabilidad de los locales o el campamento de la fuerza, surge la posibilidad de que se conviertan en un lugar de asilo para quienes buscan refugiarse de esas autoridades. Esa posibilidad está reconocida en la Convención sobre asilo adoptada en la Sexta Conferencia Internacional Americana en 1928 (American Journal, Suppl. 22 (1928), pág. 158), Convención sobre asilo adoptada en la Séptima Conferencia Internacional Americana en 1933 (AJ, Suppl. 28 (1934), pág. 70), Convención sobre asilo diplomático en la Décima Conferencia Internacional Americana aprobada en 1954 (BFSP, 161 (1954), pág. 570), todas las cuales se aplican, entre otras cosas, al asilo en campamentos militares”, Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, págs. 1158 y 1159, Nos. 15 y 16 (en referencia a *Liwanag v. Hamil*, American Journal, 50 (1956), pág. 693, donde se afirma que la ley local se aplica en principio en el interior de la base de la fuerza visitante, aunque la aplicación de la ley puede verse restringida).

<sup>114</sup> “De este modo, puede definirse una base militar en territorio extranjero como un sitio delimitado para operaciones militares o provisiones militares de uno o más Estados en el territorio de otro. La situación jurídica del usuario de la base (el Estado que envió la fuerza) en relación con quien tiene soberanía territorial (el Estado receptor) puede derivar o de un tratado internacional o de una ocupación agresiva ... Según los principios del derecho internacional general el establecimiento de una base militar en territorio extranjero exige autorización del Estado receptor que tiene soberanía territorial en tiempos de paz, y entre Estados amigos, también en tiempos de guerra”. Helmut Rumpf, “Military Bases on Foreign Territory”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 3, 1997, págs. 381 a 388, en especial págs. 381 y 382.

<sup>115</sup> “Todo estacionamiento de fuerzas militares en el exterior y toda concesión de una base militar en tierra extranjera implica una restricción de la autoridad del Estado receptor que tiene soberanía territorial. La naturaleza y el alcance de esa restricción a la soberanía estarán determinadas por la interpretación de las convenciones, el acuerdo o acuerdo suplementario respectivos o puede deducirse de los principios de derecho internacional general, que a menudo son inciertos o discutidos. Incluso cuando no exista una cláusula que haga reserva expresa de la soberanía en favor del Estado receptor, los acuerdos modernos sobre bases militares en territorio extranjero ya no se consideran, según la opinión mayoritaria, bases que privan al Estado receptor de su soberanía formal en la zona de que se trate”, *ibid.*, pág. 383.

a) **Extranjeros ilegales que viajan por mar**

61. Es posible que un Estado adopte medidas para impedir el ingreso de extranjeros ilegales antes de que crucen la frontera y se encuentren físicamente presentes en su territorio. La interceptación de esos extranjeros que viajan a otro país por mar ha planteado problemas específicos<sup>116</sup>. En el decenio de 1970 miles de refugiados abandonaron la península de Indochina por mar<sup>117</sup>. La llegada por mar de un número tan grande de extranjeros creó problemas únicos, sin precedentes<sup>118</sup>.

<sup>116</sup> “El éxodo masivo de refugiados en barco, con la intención de solicitar asilo después de un viaje en alta mar, plantea problemas específicos tanto en lo que respecta a su interceptación y rescate en el mar como su refugio en el lugar en que desembarquen posteriormente”, Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, pág. 891, No.1. “Cuando llega un refugiado por tierra, el país que podría otorgarle asilo tiene dos alternativas: puede regresarlo al Estado donde fue perseguido o enviarlo a otro país. Ninguna alternativa es viable. En el primer caso, se violaría el principio de no devolución, en tanto que el segundo podría ser imposible si ninguna otra nación aceptara al refugiado. Cuando el refugiado llega por mar hay un tercer curso de acción posible. Las autoridades que no quieren admitir al refugiado pueden negarle permiso para desembarcar (de hecho, si el refugiado no se encuentra en un buque mercante, las autoridades podrían remolcar su buque hasta alta mar). Al actuar de esa manera, las autoridades habrán trasladado la carga al buque mercante y su tripulación y pueden negar admisión al refugiado sin esperar que otro país lo admita y sin recurrir a la medida drástica de la devolución”, Chooi Fong, véase la nota 108 *supra*, págs. 95 y 96.

<sup>117</sup> “Alrededor de 5.400 personas habían abandonado la península de Indochina para 1975”, James Z. Pugash, “The Dilemma of the Sea Refugee: Rescue without Refuge”, *Harvard International Law Journal*, vol. 18, 1977, págs. 577 a 604, en especial pág. 577, No. 1. “En la primavera de 1975 un gran número de personas abandonó la Kampuchea Democrática, la República Democrática Popular Lao y la República Socialista de Viet Nam en la península de Indochina. La corriente de personas desplazadas en la península no se detuvo en todo 1976 y en la actualidad los desplazados se calculan en alrededor de 660.000 (Estadísticas mensuales del ACNUR, *Refugees and Displaced Persons from Indochina*, 31 de julio de 1980). A fines de 1975 comenzaron a llegar a países con litoral sobre el Mar de la China Meridional varios barcos que transportaban personas desde Indochina. Esas personas buscaban refugiarse principalmente en Filipinas, Indonesia, Malasia, Singapur, Tailandia y la zona de Hong Kong. Otras personas que habían sido rescatadas en alta mar por buques que pasaban por el lugar fueron admitidas temporalmente por el país donde se hizo la primera escala, como Hong Kong, el Japón y Singapur. Se llamó a esas personas refugiados del mar (se las distingue claramente de otras personas de la península de Indochina que la abandonaron por otros medios, distintos de los barcos pequeños, por ejemplo, por tierra. La nacionalidad prevaleciente es la vietnamita, aunque también figuran algunos camboyanos). Se determinó que el número total de refugiados del mar era 363.626, de los cuales 274.576 ya habían sido aceptados para su reasentamiento o habían partido para reasentarse en otros países. (Es probable que el número total de refugiados del mar que abandonaron la península de Indochina haya sido considerablemente mayor dado que los barcos utilizados por los refugiados en la mayoría de los casos no estaban hechos para realizar travesías oceánicas ni estaban preparados para ello, y la cantidad de refugiados rescatados por buques que pasaban por el lugar lleva a pensar que muchos de ellos pudieron haber perecido en el mar. Dado que no puede determinarse el número total de personas que abandonaron Viet Nam y otros países de la península de Indochina, no hay forma de calcular cuántos murieron en el mar. Por lo tanto, las cifras citadas en ese documento sólo se refieren a los casos que fueron señalados a la atención del ACNUR”, Chooi Fong, pág. 53 (se omiten las citas) (las notas 3, 5 y 6 aparecen en el texto citado *supra*, entre paréntesis).

<sup>118</sup> “El refugiado que escapa por mar se encuentra en una situación única en el derecho internacional. El ACNUR no tiene experiencia previa de refugiados que hayan buscado asilo en el mar, especialmente en números tan grandes. Se hace más difícil que el derecho internacional pueda cumplir con su función de protección dado que el refugiado, al encontrarse en alta mar, es ignorado más fácilmente por los Estados que un refugiado que se encuentra en el territorio o en la frontera ... La situación del refugiado del mar es más precaria que la de los refugiados que se presentan en la frontera o dentro del territorio de un Estado. El Estado no está limitado en ese caso por la negativa de otro Estado de aceptar a quienes han sido objeto de una orden de expulsión, dado que los refugiados en alta mar no vulneran la soberanía territorial de otros Estados”, Chooi Fong, véase la nota 108 *supra*, págs. 95 y 106.

Esa situación se vio agravada por la existencia del deber de rescatar personas del mar y la ausencia de obligación por parte de los Estados de admitir refugiados no deseados como cuestión de derecho internacional<sup>119</sup>.

62. En varias ocasiones los Estados Unidos de América han debido hacer frente a un gran número de extranjeros que intentaban llegar a su territorio por mar<sup>120</sup>. En 1981 los Estados Unidos comenzaron un programa para prohibir la presencia de los extranjeros en alta mar como medio de evitar la llegada de extranjeros ilegales a su territorio<sup>121</sup>. En 1994 los Estados Unidos también comenzaron a aplicar una

<sup>119</sup> “Los buques que transportan migrantes viajan a veces sobrecargados y constituyen un peligro para los pasajeros. Los capitanes de los buques tienen el deber, según el derecho internacional, de rescatar a las personas en dificultades en alta mar y los Estados tienen el deber de adoptar legislación que establezca penas para los capitanes de buques que violan el deber de rescate. Se plantean dos situaciones difíciles con respecto a las personas rescatadas en el mar. En primer lugar, el derecho internacional no establece orientación clara sobre dónde deberían ser conducidas, entre las posibilidades figuran el puerto más próximo en que hará escala el buque o el puerto más cercano. En segundo lugar, es posible que las personas que han sido rescatadas teman con frecuencia volver a sus Estados de origen y quizás puedan invocar válidamente la no devolución establecida en la Convención sobre los Refugiados y otros instrumentos de derechos humanos”, Alexander T. Aleinikoff, “International Legal Norms and Migration: A Report”, en, Alexander T. Aleinikoff y V. Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003, págs. 1 a 27, en especial págs. 6 y 7 y Nos. 18 a 20 (en referencia a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Montego Bay, 10 de diciembre de 1982, Naciones Unidas, *Treaty Series*, 1834, No. 31363, pág. 371, art. 98 1); Convenio Internacional para la seguridad de la vida humana en el mar, Londres, 1° de noviembre de 1974, Naciones Unidas, *Treaty Series*, 1185, No. 18961, pág. 396, capítulo V (Regla 10); Convenio Internacional sobre búsqueda y salvamento marítimos, Hamburgo, 27 de abril de 1979, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1405, No. 23489, pag. 166, anexo, cap. 2, párr. 2.1.10, y *Sale v. Haitian Centers Council, Inc.*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 21 de junio de 1993, *International Legal Materials*, vol. 32, págs. 1042 a 1057, 509 U.S. 155 (1993) (“El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha sostenido que, de conformidad con el derecho de los Estados Unidos, la Convención sobre los Refugiados no se aplica a los actos de las autoridades de los Estados Unidos fuera de las aguas territoriales de los Estados Unidos”). “En consecuencia, ha surgido una anomalía de dos principios generalmente aceptados de derecho internacional. El capitán de un buque tiene la obligación de rescatar a toda persona que se encuentre en peligro de desaparecer en el mar, pero, al no existir el derecho individual de asilo, ningún Estado está obligado a admitir refugiados una vez que han sido rescatados”, Chooi Fong, véase la nota 108 *supra*, pág. 96 (en referencia a los Informes del ACNUR, especialmente “Note on Persons Leaving the Indo-Chinese Peninsula in Small Boats”, documentos de las Naciones Unidas A/AC.96/INF.150 y HCR/155/8/77). “Tanto los refugiados como los capitanes de buque que podrían salvarlos son víctimas de una anomalía que surge de dos principios de derecho internacional muy conocidos. Está bien establecido que el capitán de un buque tiene la obligación de rescatar a toda persona que se encuentre en peligro de desaparecer en el mar. Está igualmente bien establecido que un Estado soberano no tiene ninguna obligación de admitir refugiados extranjeros que no desea recibir. La tragedia de los refugiados de Viet Nam lleva a los dos principios a una situación sin salida para el derecho del mar. El capitán de un buque de carga que se encuentra en las aguas costeras de Indochina está obligado a rescatar a los refugiados del mar vietnamitas, pero ninguna nación está obligada a acoger a los refugiados una vez que han sido rescatados”, James Z. Pugash, “The Dilemma of the Sea Refugee: Rescue without Refuge”, *Harvard International Law Journal*, vol. 18, 1977, págs. 577 a 604, en especial pág. 578 (se omiten las citas). Véase Giorgio Gaja, nota 28 *supra*, pág. 291.

<sup>120</sup> En 1980, 125.000 cubanos dejaron su país por mar en el “Mariel boatlift”, Abby Goodnough, “Tensions rise as more flee Cuba for U.S.”, *The New York Times*, 18 de diciembre de 2005, págs. 1 y 44.

<sup>121</sup> “El programa de interdicción fue iniciado por el Presidente de los Estados Unidos en 1981, basándose en datos que informaban que la migración ilegal de extranjeros indocumentados a los Estados Unidos era ‘un problema nacional grave que perjudicaba los intereses de los Estados Unidos’, y que la cooperación internacional para interceptar buques que traficaban esos migrantes era un medio necesario y apropiado de velar por el cumplimiento efectivo de las leyes inmigratorias de los Estados Unidos. El Presidente autorizó a la Guardia Costera de los Estados Unidos a detener a los buques del

nueva política en respuesta a las decenas de miles de cubanos que intentaban cruzar el estrecho de Florida “en balsas improvisadas y botes pequeños”<sup>122</sup>. Anteriormente los Estados Unidos habían otorgado en general la condición de refugiados a los nacionales cubanos. La nueva política permite a los cubanos sin visa permanecer en los Estados Unidos una vez que han puesto pie en el territorio del país, pero los Estados Unidos devuelven a todos los extranjeros que interceptan fuera de sus fronteras<sup>123</sup>. Esa política a veces recibe el nombre de “política de los pies secos, pies mojados”. El número de cubanos interceptados en 2005 mientras intentaban llegar a los Estados Unidos por mar fue el más elevado desde 1994<sup>124</sup>. En enero de 2006 los Estados Unidos sostuvieron que los cubanos que habían desembarcado en un puente en los cayos de Florida no se encontraban físicamente presentes en el territorio de los

---

paellón de los gobiernos extranjeros que consentían ese tráfico, entre los que figuraba el de Haití, y hacer retornar a buques que transportaban emigrantes ilegales a sus países de origen. Sin embargo, esas acciones sólo debían llevarse a cabo fuera de las aguas territoriales de los Estados Unidos”, Monroe Leigh, “Judicial Decisions, Haitian Refugee Center Inc. v. Gracey, 600 F. Supp. 1396. U.S. District Court, D.D.C., 10 de enero de 1985”, *The American Journal of International Law*, vol. 79, 1985, págs. 744 a 746, en especial págs. 744 y 745 (en referencia a la Proclamación No. 4865, 46 Reg. Fed. 48.107 (1981), *reimpresa en* 8 U.S.C. §1182 (supp. note) (1982); Orden ejecutiva No. 12324, 46 Reg. Fed. 48.109 (1981), *reimpresa en* 8 U.S.C. §1182 (supp. note) (1982)). Véase también Acuerdo relativo al establecimiento de un programa cooperativo de interdicción y retorno selectivo de personas provenientes de Haití, 23 de septiembre de 1981, *International Legal Materials*, vol. 20, 1981, pág. 1198.

<sup>122</sup> Abby Goodnough, “Tensions rise as more flee Cuba for U.S.”, *The New York Times*, 18 de diciembre de 2005, págs. 1 y 44.

<sup>123</sup> “El éxodo de 1994 llevó a los Estados Unidos y Cuba a ponerse de acuerdo sobre la política de pies secos, pies mojados en 1995, lo que puso fin a la inveterada práctica de aquel país de admitir como refugiados a todos los migrantes cubanos”, *ibid.*, véase el Comunicado Conjunto donde figura el acuerdo, Nueva York, 9 de septiembre de 1994, *International Legal Materials*, vol. 35, marzo de 1996, págs. 327 a 330, y la Declaración conjunta de los Estados Unidos y Cuba sobre la normalización de la migración, que se basa en el Acuerdo del 9 de septiembre de 1994, Nueva York, 2 de mayo de 1995, *International Legal Materials*, vol. 35, marzo de 1996, pág. 327. La Declaración conjunta establece que “... no se permitirá a los migrantes rescatados del mar que intentaban ingresar en los Estados Unidos entrar al país, sino que serán conducidos a lugares seguros fuera de los Estados Unidos. Además, los Estados Unidos han abandonado la práctica de otorgar libertad condicional a todos los migrantes cubanos que llegan al territorio de los Estados Unidos de forma irregular”. La Declaración conjunta establece además que “Los Estados Unidos y la República de Cuba reconocen que tienen un interés común en evitar que se realicen viajes inseguros desde Cuba. A partir de este mismo momento, los migrantes cubanos que sean interceptados en el mar por los Estados Unidos y que intenten ingresar en el país serán trasladados a Cuba. También serán devueltos a Cuba, los migrantes que se compruebe que hayan ingresado ilegalmente en Guantánamo. Los Estados Unidos y la República de Cuba cooperarán conjuntamente a este respecto. Todas las medidas tomadas serán coherentes con las obligaciones internacionales de las partes. Los migrantes que sean llevados a Cuba serán informados por los funcionarios de los Estados Unidos sobre los procedimientos que se aplican para la admisión legal de los Estados Unidos en la Sección de Intereses de los Estados Unidos en La Habana. Los Estados Unidos y la República de Cuba garantizarán que no se adopten medidas contra esos migrantes devueltos a Cuba como consecuencia de su intento de inmigrar ilegalmente. Ambas partes cooperarán para facilitar los procedimientos necesarios para la aplicación de esas medidas. Los Estados Unidos y la República de Cuba acuerdan devolver a Cuba a los nacionales cubanos que se encuentran actualmente en Guantánamo que no cumplen los requisitos para ser admitidos en los Estados Unidos”.

<sup>124</sup> “Los datos de la Guardia Costera muestran hasta el viernes [16 de diciembre de 2005] que 2.683 cubanos fueron interceptados en el mar este año, casi el doble que durante todo 2004. ... El número de cubanos interceptados es con creces el más elevado desde 1994, cuando 37.000 personas se lanzaron a las aguas del estrecho de Florida después de que el Sr. Castro anunció que su Gobierno ya no detendría a los barcos o balsas que abandonaran la isla”, Abby Goodnough, “Tensions rise as more flee Cuba for U.S.”, *The New York Times*, 18 de diciembre de 2005, págs. 1 y 44.

Estados Unidos porque el puente no estaba unido a tierra<sup>125</sup>. Esa decisión fue posteriormente revocada como consecuencia de la firma de un acuerdo que permitió a esos cubanos reasentarse en los Estados Unidos<sup>126</sup>.

63. Las medidas de prohibición adoptadas por los Estados en aguas internas, el mar territorial<sup>127</sup> e incluso en alta mar<sup>128</sup> a fin de impedir la llegada de extranjeros a sus costas han sido analizadas en el contexto de los extranjeros que solicitan asilo:

“La llegada en barco de personas que buscan asilo genera un debate no sólo de la interpretación de la no devolución, sino del grado de libertad de navegación y el derecho de los Estados ribereños a ejercer vigilancia y control. En el Asia meridional, durante el éxodo de Indochina, muchas veces los Estados impidieron que los barcos desembarcaran y remolcaron nuevamente a alta mar a muchos que habían ingresado en el mar territorial y las aguas interiores. En 1981, los Estados Unidos anunciaron una política de ‘prohibición’ en alta mar de barcos que se creía que transportaban extranjeros ilegales a los Estados Unidos.

La alta mar, por supuesto, no está sujeta al ejercicio de la soberanía por parte de ningún Estado, y los buques se encuentran bajo la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón, excepto en casos excepcionales previstos en tratados y el derecho internacional general. La libertad en alta mar, sin embargo, se expresa en general como una libertad común a los Estados, aunque se negará a los barcos que

<sup>125</sup> “MIAMI, Florida (AP) – Quince cubanos que escaparon de su tierra natal y desembarcaron en un puente abandonado en los Cayos de Florida fueron devueltos a su país el lunes después de que funcionarios de los Estados Unidos llegaron a la conclusión de que la construcción no constituía tierra firme, dijeron las autoridades. ‘Al histórico Old Seven Mile Bridge, que corre paralelo a un puente más nuevo, le faltan varios pedazos, y los cubanos tuvieron la mala suerte de llegar a una sección de la construcción que ya no toca tierra’. El Gobierno federal dijo que eso significa que el grupo nunca llegó en realidad al territorio de los Estados Unidos, y podría devolvérselos a su país”, *Cubans sent home after arrival at bridge piling: U.S. policy on “wet-foot, dry-foot” called into question*, en [www.cnn.com/2006/US/01/09/cubans.dryland.ap/index.html](http://www.cnn.com/2006/US/01/09/cubans.dryland.ap/index.html) (sitio visitado el 9 de enero de 2006).

<sup>126</sup> El 28 de febrero de 2006 un juez federal de los Estados Unidos, en aplicación de la “política de pies secos, pies mojados”, revocó una decisión de funcionarios de inmigración de los Estados Unidos según la cual la llegada de 15 inmigrantes cubanos a un puente abandonado de Florida no significaba que hubieran ingresado a los Estados Unidos, dado que el puente no estaba unido a tierra firme. La sentencia fue posteriormente dejada sin efecto como parte de un acuerdo en virtud del cual se autorizó a los cubanos a reasentarse en los Estados Unidos, *Movimiento Democracia, Inc. et al v. Chertoff*, Tribunal Federal de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Miami, 28 de febrero de 2006, 2006 U.S. Dist. LEXIS 8637 (“El Tribunal considera que el puente histórico, que es propiedad del Estado de Florida y que construyó el pionero Henry Flagler para desarrollar el extremo de Florida, es, efectivamente, parte de los Estados Unidos, a pesar de que no se usa actualmente. Por lo tanto, la decisión de la Guardia Costera de devolver a esos refugiados cubanos a Cuba no constituyó una interpretación razonable de la política ejecutiva actual. [...] El Tribunal ordena a los demandados hacer todo lo posible para asegurar a los demandantes el respeto por las garantías procesales a las que tenían derecho cuando desembarcaron en el Old Seven Mile Bridge el 4 de enero de 2006.”) Véase “Judge approves settlement allowing 14 repatriated Cubans to enter U.S.”, *South Florida Sun Sentinel*, 21 de marzo de 2006, en [www.sun-sentinel.com/news/local/southflorida/sfl-cmoreno21-mar21\\_0\\_1638765.story?coll=sfla-news-sfla](http://www.sun-sentinel.com/news/local/southflorida/sfl-cmoreno21-mar21_0_1638765.story?coll=sfla-news-sfla) (sitio visitado el 30 de marzo de 2006).

<sup>127</sup> “El derecho internacional, sin embargo, permite a los Estados adoptar todas las medidas razonables en el mar territorial para evitar el ingreso al puerto de un buque que transporta inmigrantes ilegales y exigir que ese buque abandone el mar territorial”, Guy S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, 2ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1996, pág. 164.

<sup>128</sup> Véase Summer L. Hackley, “Sea interdictions: are aliens apprehended on the high seas entitled to protections afforded by the Immigration and Nationality Act?”, *ILSA Journal of International and Comparative Law*, vol. 6, 1999, págs. 143 a 156.

transportan a quienes solicitan asilo, al igual que a sus pasajeros, en la mayoría de los casos la protección del Estado del pabellón. Asimismo, el derecho de paso inocente con el fin de atravesar el mar territorial o ingresar en aguas interiores se concibió teniendo en cuenta circunstancias normales. Un Estado ribereño puede argumentar, en primer lugar, que los barcos de las personas que solicitan asilo deben asimilarse a los buques sin nacionalidad y están sujetos a abordajes y otras medidas en alta mar. Además, podría argumentar que la existencia de excepciones al principio de libertad de navegación, aplicables en el mar territorial y la zona contigua, justifican la adopción de las medidas preventivas que el Estado ribereño considere necesarias para evitar desembarcos en sus costas.”<sup>129</sup>

64. Se ha planteado la cuestión de si las medidas adoptadas con respecto a los “refugiados del mar” deberían considerarse en el contexto de este tema. Las medidas adoptadas por un Estado para impedir la llegada de extranjeros que no se encuentran todavía físicamente presentes en su territorio parecerían estar reguladas por normas de derecho internacional distintas de las relativas a la expulsión de extranjeros<sup>130</sup>. Por lo tanto, esas cuestiones parecerían exceder el alcance de este tema<sup>131</sup>.

<sup>129</sup> Guy S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, 2ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1996, pág. 161 (se omiten las citas).

<sup>130</sup> “De conformidad con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y el derecho marítimo consuetudinario, los Estados tienen derecho a hacer cumplir las leyes nacionales, incluidas las leyes penales y de inmigración, en los buques que portan sus propios pabellones, los buques que no están registrados en ningún Estado y todo buque que se encuentre en aguas territoriales, sujetos al derecho de paso inocente. La Convención extiende el derecho de hacer cumplir ciertos tipos de derecho interno, como los controles inmigratorios, a buques que se hallen en ‘zonas contiguas’ (que se extienden otras 12 millas náuticas más allá del límite del mar territorial). En esas circunstancias, por lo tanto, los Estados pueden detener a los buques para buscar migrantes ilegales, por ejemplo, las personas consideradas amenazas a la seguridad, como los delincuentes y terroristas. En todas las demás aguas (como la alta mar, ‘zonas económicas exclusivas’, y zonas en la ‘plataforma continental’, como se encuentran definidas en la Convención), el derecho marítimo en general prohíbe a los Estados interferir con buques de pabellón extranjero a menos que el Estado del pabellón preste su consentimiento. Varios Estados tienen la política habitual de detener buques que transportan migrantes ilegales en alta mar, sea buscando el consentimiento para el caso particular del Estado del pabellón (de existir) de los buques transgresores o invocando tratados bilaterales permanentes o memorandos de entendimiento que autoricen esas acciones. Sin embargo, el mosaico de acuerdos de esa índole no puede garantizar seguridad cuando los Estados del pabellón se niegan a cooperar. El Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire establece un marco entre los Estados Partes para solicitar autorización para visitar y registrar los buques sospechados de traficar migrantes. Aunque no establece expresamente la obligatoriedad de otorgar esa autorización, el Protocolo exige que las Partes respondan ‘con celeridad’ a esas solicitudes y prevé que ‘cooperarán en la mayor medida posible para prevenir y reprimir el tráfico ilícito de migrantes por mar’.” David Fisher, S. Martin y A. Schoenholtz, “Migration and Security in International Law” en Alexander T. Aleinikoff y V. Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003, págs. 87 a 120, en especial pág. 94 (en referencia, entre otras cosas, a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Montego Bay, 10 de diciembre de 1982, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1834, No. 31363, pág. 371, arts. 2, 33 1) y 92; la Convención sobre la Alta Mar, Ginebra, 29 de abril de 1958, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 450, No. 6465, pág. 115, art. 6; la Orden ejecutiva No. 4685 (29 de septiembre de 1981) (“que autoriza la detención de buques que transportan extranjeros ilegales a los Estados Unidos”) y la Orden No. 12807 (24 de mayo de 1982), y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Nueva York, 15 de noviembre de 2000, No. 39574, *International Legal Materials*, vol. 40, 2001, pág. 335 (que todavía no ha entrado en vigor)), y Gary W. Palmer, “Guarding the Coast: Alien Migrant Interdiction Operations at Sea,” *Connecticut Law Review*, 1997, vol. 29, pág. 1565, págs. 1567 y 1568 (se omite la sangría del párrafo).

<sup>131</sup> “Los Estados procuran cada vez más llevar la aplicación de sus leyes de inmigración fuera de sus fronteras, desalentando los ingresos ilegales por mar y aire. Según el derecho internacional



**b) Extranjeros sospechosos de cometer actos de terrorismo internacional**

65. Un Estado puede tomar medidas para impedir el ingreso de extranjeros sospechosos de cometer actos de terrorismo internacional antes de que crucen la frontera y se hallen físicamente presentes en su territorio. Los Estados han adoptado esas medidas con mayor frecuencia desde el atentado contra el World Trade Center de Nueva York el 11 de septiembre de 2001.

“Además de extender el alcance del derecho penal y las leyes contra el terrorismo, los Estados están procurando cada vez más aplicar sus leyes de inmigración internas fuera de sus propias fronteras. Esas leyes de inmigración promueven directamente la seguridad del Estado al prohibir la entrada de personas sospechosas de cometer actos de terrorismo, espías, saboteadores y delincuentes. Sin embargo, la doctrina de la soberanía del Estado en general impide que un Estado haga cumplir sus leyes en el territorio o en la jurisdicción exclusiva de otro. Hay dos áreas que han empezado a constituir una excepción a esa regla.

Imposición de sanciones a los transportistas e inspección en puntos de partida

Aunque se concibieron inicialmente como un medio para controlar la inmigración ilegal, recientemente se ha promovido la política de aplicar sanciones a los transportistas e inspeccionar los sitios de partida como medidas nacionales de seguridad, especialmente desde los atentados del 11 de septiembre de 2001. Ambos tipos de políticas están surgiendo también en la esfera del derecho interno y se están incorporando al derecho internacional. [...]

Aplicación del derecho interno en el mar

Además de formalizar la responsabilidad de los transportistas, los Estados están intensificando su cooperación con los demás Estados para protegerse de los ingresos no autorizados por mar. En el decenio de 1990 el contrabando marítimo y el tráfico de migrantes pasaron a ocupar el centro de la atención internacional. Desde el 11 de septiembre de 2001 la prohibición de terroristas en el mar ha alcanzado igual prominencia. Sin embargo, el derecho internacional en esa esfera sigue estando menos desarrollado.”<sup>132</sup>

---

convencional y consuetudinario, las autoridades estatales pueden detener y abordar buques que porten su pabellón, buques que no estén matriculados en ningún Estado y buques que hayan ingresado en sus aguas territoriales. Los Estados pueden hacer cumplir sus leyes de inmigración en buques de pabellón extranjero que se encuentren en aguas internacionales sólo con el consentimiento del Estado del pabellón”, Alexander T. Aleinikoff, véase la nota 119 *supra*, pág. 6 y nota 17 (en referencia a la Convención sobre la Alta Mar, Ginebra, 29 de abril de 1958, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 450, No. 6465, pág. 115, y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Montego Bay, 10 de diciembre de 1982, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1834, No. 31363, pág. 371, art. 98 1).

<sup>132</sup> David Fisher *et al.*, véase la nota 130 *supra*, págs. 91 y 94 (en referencia al Comité Ejecutivo de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas en Interception of Asylum-Seekers and Refugees: The International Framework and recommendations for a Comprehensive Approach, 9 de junio de 2000, EC/5/SC/CRP.17) (se omiten otras citas). “Los Estados Unidos están examinando actualmente una propuesta para ‘visitar y registrar periódicamente buques sospechosos que se encuentren en alta mar en todo el mundo, incluso cuando no se les otorga permiso’ como parte de su ‘guerra contra el terrorismo’. Aunque el contenido de la propuesta todavía no se conoce públicamente al momento de escribirse este capítulo, podemos suponer sin temor a equivocarnos que al menos una de las razones que motivan esa propuesta es el deseo de impedir que los terroristas lleguen a las costas de los Estados Unidos por mar. También podemos

66. La creciente preocupación de los Estados por la seguridad nacional en relación con la amenaza del terrorismo internacional se ha convertido en una consideración importante en la práctica reciente de los Estados en lo relativo a la expulsión de extranjeros. Sin embargo, las medidas adoptadas por un Estado para evitar que ingresen en su territorio personas sospechosas de ser terroristas parecerían regirse por las normas de derecho internacional que regulan la admisión de extranjeros y, en algunas circunstancias, la aplicación extraterritorial de leyes de inmigración nacionales<sup>133</sup> más que por la ley relativa a la expulsión de extranjeros que ya están

---

afirmar que si los Estados Unidos adoptan esa política otros Estados harán lo mismo. ‘No está claro que esa política se pueda aplicar legítimamente. En 1992 entró en vigor el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, relativa a actos terroristas cometidos en el mar. Pero el tratado no tenía por finalidad resolver la cuestión de la prohibición del traslado por mar de terroristas a los Estados ribereños. Por lo tanto, cualquier Estado que aplicara una política para detener a los buques en alta mar debería basarse en el derecho internacional consuetudinario o, eventualmente, en el derecho de la guerra.

... Algunos juristas han sostenido que el terrorismo ha recibido una condena tan universal que también ha alcanzado el nivel de *jus cogens* y jurisdicción universal. Por extensión, un Estado puede afirmar su derecho a interceptar buques sospechados de transportar terroristas hasta sus fronteras. Sin embargo, esa postura está lejos de estar consagrada en el derecho”. Otros fundamentos jurídicos para interceptar terroristas en el mar pueden derivar del derecho de la guerra y la doctrina de la legítima defensa reconocida por la Carta de las Naciones Unidas. El Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas reconoce el derecho inmanente de los Estados de defenderse a sí mismos de un “ataque armado” (“*agression armée*”) por parte de otros Estados. Los Estados Unidos han afirmado que los hechos del 11 de septiembre de 2001 constituyeron un ataque de esa índole, aunque fueron perpetrados por una organización terrorista y no por un Estado directamente. Los precedentes de la Corte Internacional de Justicia sugieren que los ataques de esas redes independientes no pueden dar lugar al ejercicio del derecho de legítima defensa previsto en la Carta. Sin embargo, la práctica reciente ... indica que se está generando un consenso en apoyo de la posición opuesta. Como beligerante legítimo, los Estados Unidos tendrían el derecho, según las normas del combate naval, de interceptar buques —incluso los de pabellón de Estados neutrales— sospechosos de transportar personal “enemigo”. Otros Estados que no han sido el objeto de esos ataques terroristas podrían tener que fundarse en la controvertida doctrina de la “legítima defensa preventiva” para justificar detenciones similares”, *ibid.*, págs. 95 y 96 (en referencia, entre otras cosas, al Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, Roma, 10 de marzo de 1988, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1678, No. 29004, pág. 262, art. 9 (“Nada de lo dispuesto en el presente Convenio afectará a las reglas de derecho internacional relativas a la competencia que tienen los Estados para investigar o ejercer su jurisdicción a bordo de buques que no enarbolan su pabellón”); *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, fondo, sentencia, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 111; resolución 1368 del Consejo de Seguridad, Documentos Oficiales del Consejo de Seguridad, quincuagésimo sexto año, 4730ª sesión, en documento de las Naciones Unidas S/RES/1368 (2001), pág. 1; carta de fecha 7 de octubre de 2001 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Representante Permanente de los Estados Unidos de América, S/2001/946 (2001) (en la que se notifica al Consejo de Seguridad de la intención de los Estados Unidos de América de actuar en legítima defensa contra Al-Qaida y los talibanes); resolución 1373 del Consejo de Seguridad, Documentos Oficiales del Consejo de Seguridad, quincuagésimo sexto año, 4385ª sesión, en documento de las Naciones Unidas S/RES/1373 (2001), pág. 1 (donde se reafirma que el derecho de legítima defensa se aplica a los ataques terroristas); Declaración de la Reunión del Consejo Ministerial del Atlántico Norte, 6 de diciembre de 2001, M-NAC-2 (2001), pág. 159; *Amenaza Terrorista en América*, Res. 1, 24ª reunión de consulta de Ministros de Relaciones Exteriores actuando como órgano de consulta en aplicación del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, documento de la OEA OEA/Ser.F/II.24/RC.24/ RES.1/01 (21 de septiembre de 2001); Comunicado de prensa del Primer Ministro, *Application of ANZUS Treaty to Terrorist Attacks on the United States*, 14 de septiembre de 2001, en [www.pm.gov.au/news/mediareleases/2001/media.release1241.htm](http://www.pm.gov.au/news/mediareleases/2001/media.release1241.htm).

<sup>133</sup> “Los Estados también han comenzado a permitir la inspección de los lugares de partida por parte del personal del Estado de destino. En 1996 la Unión Europea adoptó una política en cuya virtud los Estados podían apostar ‘oficiales de enlace aéreo’ en el extranjero con la finalidad de

presentes en el territorio de un Estado. Por lo tanto, esas medidas parecerían encontrarse fuera del alcance de este tema.

## C. La noción de expulsión

### 1. Expulsión

67. La tercera cuestión que debemos examinar al determinar el alcance de este tema es qué tipo de conducta de un Estado constituye expulsión<sup>134</sup>. Puede entenderse que la noción de expulsión se refiere al ejercicio del derecho o la facultad de un Estado de pedir a un extranjero que abandone su territorio cuando su presencia continua es contraria a los intereses del Estado territorial<sup>135</sup>. Por lo

---

asesorar a las empresas de navegación aérea sobre la autenticidad de ciertos documentos de viaje. Tanto el Reino Unido como los Países Bajos, Alemania y Dinamarca han apostado a esos funcionarios en sus embajadas en los países desde donde parte un gran número de refugiados [...] Asimismo, los Estados Unidos han creado ‘puestos de inspección previa’ mediante acuerdos bilaterales en varios otros países, lo que permite al personal del Servicio de Inmigración y Naturalización inspeccionar personas antes de su partida hacia los Estados Unidos [...]. Preocupa a las organizaciones de derechos humanos que obligar a las empresas de transporte a verificar documentos de viaje en el punto de partida viole los derechos de los refugiados que intentan escapar de persecuciones dado que los empleados de las líneas aéreas no están capacitados ni tienen mandato para realizar inspecciones respecto de ninguna otra condición protegida. También se han manifestado opiniones similares con respecto a los oficiales de enlace aéreo y los oficiales de inspección previa, que, aparentemente, no están capacitados para solicitar ni responder a solicitudes de asilo. Sin medidas que velen por la protección de las personas que procuran escapar, los métodos de inspección extraterritoriales pueden entrar en conflicto con la responsabilidad de los Estados con arreglo al derecho de los refugiados y los derechos humanos”, David Fisher *et al*, véase nota 130 *supra*, pág. 93 (en referencia, entre otras cosas, a la Posición Común de 25 de octubre de 1996, definida por el Consejo, relativa a las misiones de asistencia y de información efectuadas con anterioridad al cruce de la frontera, *Diario Oficial* L 281 de 1996, pág. 1; Convención de Chicago, anexo 9, artículo 3.40.2; Acuerdo entre los Estados Unidos de América e Irlanda sobre inspecciones previas, 25 de junio de 1986, TIAS No. 11379; Acuerdo sobre inspecciones previas entre los Estados Unidos de América y los Países Bajos en relación con Aruba, 16 de junio de 1987, TIAS No. 11275; Human Rights Watch, “Special Issue-Refugees, Asylum-Seekers and Displaced Persons,” en *World Report 2000*, [www.hrw.org/wr2kl/special/refugees2.html](http://www.hrw.org/wr2kl/special/refugees2.html); Amnistía Internacional, *No Flights to Safety-Carrier Sanctions: Airline Employees and the Rights of Refugees* (1997), [www.amnesty.org](http://www.amnesty.org); y J. Morrison, *The Trafficking and Smuggling of Refugees: The End Game in European Asylum Policy* (julio de 2000), pág. 41 ([www.unhcr.ch](http://www.unhcr.ch))).

<sup>134</sup> “El presente estudio comprende también los casos en que, conforme a las leyes y reglamentos vigentes, la salida de los inmigrantes indeseables se efectúa sin aplicar el procedimiento normal de expulsión, por ejemplo, cuando se permite la partida voluntaria de un extranjero contra el que se ha dictado o se proyecta dictar una orden de expulsión, o cuando se impide la entrada al país de un extranjero, pero sin expulsarlo oficialmente ...” Naciones Unidas, “Estudio sobre la expulsión de inmigrantes”, Secretaría, 10 de agosto de 1955 (ST/SOA.22 y Corr.2 (sustituye a Corr.1)), párr. 5. “En el contexto del presente estudio, usaré el término ‘expulsión’ para hacer referencia a toda medida que tenga por finalidad hacer salir a un extranjero del territorio donde se encuentra, es decir, deportación (incluida la *reconduction à la frontière* —acompañamiento de la persona a la frontera del país expulsor), extradición y devolución”. Hélène Lambert, nota 83 *supra*, pág. 60, nota 130.

<sup>135</sup> “Se entiende por expulsión el acto de una autoridad pública por el que se exige a un extranjero, bajo amenaza de sanción penal, que abandone el territorio del país en el que reside o permanece y, en caso necesario, se le obliga a hacerlo”. Naciones Unidas, “Estudio sobre la expulsión de inmigrantes”, Secretaría, 10 de agosto de 1955, págs. 1 a 77 (ST/SOA.22 y Corr.2 (sustituye a Corr.1)), párr. 1, pág. 1. “El término ‘expulsión’ se usa comúnmente para describir el ejercicio de la facultad del Estado que hace salir, sea ‘voluntariamente’, mediante la amenaza del uso de la fuerza, o ‘coercitivamente’, mediante el uso efectivo de la fuerza, a un extranjero del

general, el ejercicio de ese derecho o facultad adopta la forma de una decisión u orden emitida por el órgano judicial o administrativo competente, de conformidad con el derecho interno del Estado.

**a) Expulsión implícita**

68. Un Estado también puede forzar la salida de un extranjero mediante amenazas o actos de coerción que le son atribuibles, en vez de recurrir a una decisión o una orden formal<sup>136</sup>. En algunos casos se ha obligado a los extranjeros a abandonar un país con un “programa de salidas voluntarias”, que eran, en realidad, obligatorias<sup>137</sup>. Esas medidas coercitivas que privan al extranjero de toda alternativa real que no sea abandonar el país se denominan a veces “expulsiones implícitas”.

69. El Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos ha examinado varias reclamaciones relativas a la “expulsión implícita”. Los dos elementos esenciales de esa noción que surgen de las decisiones pertinentes del Tribunal se han resumido de la siguiente manera:

“Esos casos parecerían presuponer al menos 1) que las circunstancias en el país de residencia son tales que no es razonable suponer que el extranjero tiene una alternativa real, y 2) que detrás de los hechos o actos que llevaron al extranjero a partir existe la intención de expulsarlo y, además, esos actos son

---

territorio del Estado”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 201. “Expulsar es deshacerse de un extranjero cuya presencia continua en el territorio se considera muy perjudicial para el bienestar de ese territorio”. S. K. Agrawala, *International Law Indian Courts and Legislature*, Bombay, N. M. Tripathi Private Ltd., 1965, pág. 186 (se omite la cita).

<sup>136</sup> “En primer lugar, la expulsión de una persona del territorio de un Estado presupone que se la obliga a abandonar ese territorio porque el Estado así lo determina. En otras palabras, la persona no abandonaría el país si no fuera por la expulsión. [...] ¿Presupone necesariamente la expulsión la adopción de una medida formal? ¿Debería también utilizarse el término ‘expulsión’ en los casos en que un Estado crea condiciones de vida que hacen imposible que la persona permanezca en él? Desde el punto de vista funcional, parece haber poca diferencia entre el Estado que adopta la medida formal de expulsión y una conducta equivalente destinada a hacer salir a una persona del territorio. La persona tiene que partir de todos modos. Parece razonable incluir ambos casos en el concepto de expulsión. [...] Cuando el Estado no ha adoptado ninguna medida formal, es necesario determinar si la conducta que hace que la persona abandone el país es atribuible al Estado”. Giorgio Gaja, nota 28 *supra*, págs. 289 y 290 (en referencia al caso *Short v. Iran*, laudo de 14 de julio de 1987. 16 *Iran-United States Claims Tribunal Reports* (1987- III) 76, en especial págs. 85 y 86; *International Technical Products Corporation and ITP Export Corporation v. The Islamic Republic of Iran*, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo de 19 de agosto de 1985, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 9, págs. 10 a 45, en especial pág. 18; y *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 págs. 147 y 148.

<sup>137</sup> “En la práctica, puede haber muy poca diferencia entre la expulsión forzosa en circunstancias brutales y la ‘partida voluntaria’ promovida por leyes que declaran ilegal la residencia continua y alentada mediante amenazas sobre las consecuencias que tendría permanecer en el país”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 218. “Las autoridades del Estado también pueden inducir a la expulsión recurriendo a distintas formas de amenaza o coerción ... En *Orantes-Hernández v. Meese* 685, F. Supp. 1488 (C. D. Cor. 1988), el tribunal determinó que un gran número de salvadoreños que solicitaban asilo estaban firmando formularios de ‘partida voluntaria’ bajo coerción, por ejemplo, amenazas de detención, deportación, reubicación en zonas remotas y comunicación de datos personales a su Gobierno”. Guy S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, 2ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1996, pág. 155 y nota 172.

atribuibles al Estado de conformidad con los principios de la responsabilidad del Estado.”<sup>138</sup>

70. La Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía examinó la reclamación en que Etiopía acusaba a Eritrea de ser responsable de la expulsión “indirecta” o “implícita” de etíopes, contraviniendo el derecho internacional. Al desestimar la reclamación, la Comisión concluyó que los etíopes no habían sido expulsados por el Gobierno de Eritrea ni debido a sus políticas, sino que habían abandonado el país por otras razones, como factores económicos o trastornos relacionados con la guerra, de los que Eritrea no era responsable. La Comisión señaló que las salidas del país en esos casos habían sido voluntarias en distinta medida.

“91. Etiopía argumentó que Eritrea era responsable, en el plano internacional, por los daños sufridos por cada etíope que había salido de Eritrea en el período comprendido en sus reclamaciones, incluidos los que no habían sido expulsados por acción directa del Gobierno. Se argumentó que muchas de las partidas habían constituido expulsiones “indirectas” o “implícitas”, que eran consecuencia de acciones y políticas ilegales del Gobierno de Eritrea que generaban condiciones económicas y sociales hostiles a los etíopes. Etiopía también argumentó que las condiciones físicas en que se efectuaron las partidas a menudo eran innecesariamente duras y peligrosas. Eritrea negó que fuera jurídicamente responsable de la partida de etíopes, con el argumento de que se trataba de elecciones individuales hechas libremente por esas personas.

92. La gran mayoría de los etíopes que abandonaron Eritrea lo hicieron después de mayo de 2000; las reclamaciones relativas a las condiciones en las que abandonaron el país se examinan más adelante. En cuanto a quienes se fueron antes, los datos indican que el éxodo inicial de 20.000 a 25.000 personas registrado en 1998 se debió en gran medida a factores económicos. Se trataba en muchos casos de trabajadores portuarios, la mayoría de Assab, que quedaron sin empleo cuando los puertos de Eritrea dejaron de recibir cargamentos desde Etiopía y de enviarlos a ese país. En un informe de Amnistía Internacional, que consta en las actuaciones del Tribunal, se estimó que el cierre del puerto de Assab había ocasionado la pérdida de 30.000 puestos de trabajo; Amnistía Internacional informó de que, de las personas que habían regresado a su país y fueron entrevistadas en Etiopía durante ese período, ninguna dijo que había sido expulsada. En 1999, varios miles de etíopes más abandonaron Eritrea; los datos indican que también en esos casos la motivación había sido económica. En un segundo informe de Amnistía Internacional se citó el caso de más de 3.000 etíopes que regresaron a su país a principios de 1999 debido al desempleo, a la falta de vivienda o a razones relacionadas con la guerra. En opinión de Amnistía Internacional, aparentemente esas personas no habían sido expulsadas por el Gobierno de Eritrea ni habían abandonado el país por sus políticas. Un estudio elaborado por el UNICEF y la Asociación de Mujeres de Tigray en 2001, que Etiopía

<sup>138</sup> David John Harris, *Cases and Materials on International Law*, 4ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1991, pág. 02 (en referencia a los casos del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos relativos a la “expulsión implícita”). Véase también Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7ª ed. rev., Londres/Nueva York, Routledge, 1997, pág. 262; John R. Crook, “Applicable law in international arbitration: The Iran-U.S. Claims Tribunal experience”, *American Journal of International Law*, vol. 83, 1989, págs. 278 a 311, en especial págs. 308 y 309; y Ruth L. Cove, “State responsibility for constructive wrongful expulsion of foreign nationals”, *Fordham International Law Journal*, vol. 11, 1987-1988, págs. 802 a 838.

presentó como prueba, también destaca que las partidas en ese período tuvieron una motivación económica.

93. La Comisión considera que las partidas de etíopes de Eritrea en 1999 y principios de 2000 habían sido “voluntarias en distinta medida”. Los etíopes que prestaron declaración describieron crecientes dificultades económicas, separaciones familiares, acoso y discriminaciones esporádicas, e incluso agresiones por parte de civiles de Eritrea. Sin embargo, a la Comisión también le llama la atención que en sólo 70 declaraciones y formularios de reclamaciones los deponentes manifestaron haber abandonado el país en 1998 y 1999 y, de ellos, menos de 20 parecen considerar que fueron ‘expulsados o deportados’.

94. Basándose en las pruebas obtenidas, la Comisión concluye que las partidas de etíopes antes de mayo de 2000 se debieron, en gran medida, a causas económicas o de otra índole, que reflejaban en muchos casos los trastornos sociales y económicos causados por la guerra, de los que el Gobierno de Eritrea no era jurídicamente responsable.

95. Las pruebas sugieren que el viaje de regreso a Etiopía o a otros destinos para quienes eligieron abandonar el país en ese período podía ser difícil, especialmente para quienes salieron de Assab y regresaron a Etiopía cruzando el desierto. Sin embargo, las pruebas no demuestran que ello haya sido consecuencia de acciones u omisiones de Eritrea de las que sea responsable. Por lo tanto, se desestiman las reclamaciones de Etiopía al respecto.”<sup>139</sup>

71. En su examen de las expulsiones subsiguientes, y basándose en la jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía destacó que eran necesarias elevadas exigencias jurídicas para incurrir en responsabilidad por expulsión implícita. La Comisión concluyó, en los siguientes términos, que Etiopía no había demostrado que se hubieran cumplido los exigentes requisitos necesarios para que hubiera lugar a esa reclamación:

“126. Etiopía también sostuvo que quienes abandonaron el país entre mayo y diciembre de 2000 fueron víctimas de expulsiones indirectas o implícitas ilegales. En líneas generales, las partes interpretaron de modo similar el derecho aplicable a esas reclamaciones. Ambas citaron la jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, que establece requisitos estrictos para que se incurra en responsabilidad por expulsión implícita. Según los laudos de ese Tribunal, para que exista expulsión implícita se requiere que quienes abandonen un país hayan experimentado condiciones tan difíciles o peligrosas que la única alternativa realista que tengan sea dejar el país. Esas condiciones deben ser resultado de las acciones o políticas del gobierno anfitrión o serle claramente atribuibles. Por último, las acciones del gobierno deben haber tenido por finalidad causar la partida de los extranjeros.

127. Las pruebas presentadas no cumplen esos requisitos. La situación económica en Eritrea después de la guerra era difícil tanto para etíopes como para eritreos, pero el Gobierno de Eritrea no creó intencionalmente una situación generalizada de adversidad económica para expulsar a los etíopes. La Comisión señala que el Gobierno de Eritrea adoptó medidas en el verano de 2000 que perjudicaron los intereses económicos de muchos etíopes, que se

<sup>139</sup> *Partial Award, Civilians Claims, Ethiopia's Claim 5*, Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, La Haya, 17 de diciembre de 2004, párrs. 91 a 95 (se omite la cita).

cometían acosos contra ellos y que la opinión pública les era hostil. Sin embargo, muchos etíopes de Eritrea evidentemente encontraron otras alternativas distintas a salir del país y eligieron quedarse o postergar su partida. Teniendo en cuenta la totalidad de las actuaciones, la Comisión concluye que la reclamación de que existió una expulsión implícita a gran escala no cumple los requisitos exigentes que establece la ley para que haya lugar a la reclamación.”<sup>140</sup>

72. En 1986, la Asociación de Derecho Internacional aprobó la Declaración de principios de derecho internacional sobre las expulsiones en masa. La definición del término “expulsión” que figura en la Declaración también abarca situaciones en que la salida forzosa de personas se logra por medios distintos a una decisión u orden formal de las autoridades del Estado. Esta definición incluye situaciones en las que un Estado colabora en la comisión de actos por sus ciudadanos con la intención deliberada de causar la partida de algunas personas de su territorio, los instiga o los tolera.

“... ‘expulsión’ en el contexto de la presente Declaración puede definirse como el acto, o la omisión, de un Estado que tiene por finalidad obligar a ciertas personas a salir en contra de su voluntad del territorio de dicho Estado, por motivos de raza, nacionalidad, pertenencia a un grupo social determinado u opiniones políticas ... ‘la omisión’ puede incluir situaciones en que las autoridades de un Estado toleran actos de sus ciudadanos, o incluso los instigan o contribuyen a su comisión, con la finalidad de hacer salir a grupos o categorías de personas del territorio de ese Estado, o situaciones en que las autoridades crean un clima de temor que tiene como consecuencia la huida de personas motivada por el pánico, no garantizan la protección de esas personas u obstaculizan su regreso posterior ...”<sup>141</sup>

73. Una expulsión implícita es, según esa definición, ilegal, en la medida en que no cumple con las exigencias sustantivas ni procesales para que la expulsión sea legítima y viola derechos humanos reconocidos internacionalmente, como se explica más adelante.

#### **b) Denegación de admisión**

74. Pueden darse situaciones en las que los extranjeros que están físicamente presentes en el territorio del Estado no han sido formalmente admitidos de conformidad con las leyes de inmigración nacionales. En esos casos, es posible que el extranjero haya ingresado en el territorio del Estado de hecho pero no de derecho. Son dos las categorías de extranjeros que pueden encontrarse en esa situación: 1) los pasajeros que llegan en avión o barco a un establecimiento desde donde operan los medios de transporte internacional ubicado en el territorio del Estado (que no sean pasajeros en tránsito<sup>142</sup>) y a quienes se deniegue la admisión; o 2) los extranjeros que han cruzado la frontera e ingresado en el Estado sin cumplir con los requisitos de admisión estipulados en la ley nacional de inmigración.

75. Con respecto a la primera categoría, un pasajero considerado no admisible cuando llega al país sería trasladado fuera del Estado por el transportista aéreo u otro

<sup>140</sup> Ibid., párrs. 126 y 127 (en referencia a Charles N. Bower & Jason D. Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal*, págs. 343 a 365 (1998); George H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, págs. 464 a 471 (1996)).

<sup>141</sup> Declaración de principios de derecho internacional sobre las expulsiones en masa, 62ª Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional, Seúl, 24 a 30 de agosto de 1986, *Conference Report 1986*, págs. 13 a 18, en especial pág. 13.

<sup>142</sup> Véase la parte III.B.1 b).

transportista, por orden del Estado territorial<sup>143</sup>. El pasajero no ha sido admitido formalmente ni ha ingresado en el Estado desde el punto de vista jurídico. En esa situación parecerían aplicables las leyes que regulan la admisión y no las relativas a la expulsión. Parecería, por lo tanto, que el procedimiento para el traslado de ese extranjero fuera del Estado constituye una denegación de admisión (o *refoulement*) y no una expulsión<sup>144</sup>. La remoción fuera del Estado de pasajeros no admisibles se ha abordado en varios tratados, con el Convenio sobre Aviación Civil Internacional<sup>145</sup>, el

<sup>143</sup> En 2005, se agregó un nuevo capítulo al anexo 9 del Convenio de Chicago a fin de abordar el problema creciente de las personas no admisibles y las personas deportadas. Esas dos categorías de extranjeros se tratan por separado en “Parte B. Personas no admisibles” y “Parte C. Personas deportadas”. Los Estados entregarán al explotador de aeronaves una orden de retiro de las personas a las que se deniega la admisión (personas no admisibles) en lugar de proceder a expulsarlas o deportarlas. Véase el Convenio de Chicago, anexo 9, artículo 5.5.

<sup>144</sup> “La expulsión se distingue tradicionalmente de la devolución (*refoulement*) porque la devolución, a diferencia de la expulsión, es una medida coercitiva por la que se niega a una persona la admisión en el territorio del Estado. Sin embargo, esto no significa necesariamente que la persona será expulsada, en vez de devuelta, una vez que ha entrado en el territorio. Es posible que se considere, por ejemplo, que la persona ha sido devuelta incluso cuando ha llegado a un aeropuerto internacional en el territorio del Estado que adopta la medida. La devolución sólo significa que el inmigrante ha sido interceptado en la frontera o cerca de ella al poco tiempo de haber inmigrado y que ha sido obligado a partir”. Giorgio Gaja, nota 28 *supra*, págs. 290 y 291.

<sup>145</sup> Convenio de Chicago, anexo 9. “El Convenio sobre Aviación Civil Internacional (‘Convenio de Chicago’), con 188 Estados contratantes, tiene una aplicación mucho más amplia [que el Convenio de Schengen]. Mientras que el Convenio de Chicago no exige expresamente a los Estados que apliquen políticas de sanciones a los explotadores, en su anexo 9 se establece que ‘Los explotadores tomarán precauciones en el punto de embarque para asegurar que los pasajeros lleven consigo los documentos prescritos por los Estados de tránsito y de destino para [...] fines de control’ y que ‘los Estados contratantes y los exportadores cooperarán, siempre que sea posible, para determinar la validez y autenticidad de los pasaportes y visados que presentan los pasajeros que embarcan’. Si los Estados contratantes prefirieran aplicar un régimen de sanciones a los explotadores internos, el anexo 9 les prohíbe imponer sanciones a los explotadores que trasladan pasajeros no admisibles a menos que existan pruebas de que el explotador ha sido negligente en la inspección de documentos.” David Fisher y otros, nota 130 *supra*, pág. 92 (en referencia al Convenio de Chicago, anexo 9 (10ª ed. 1997), artículos 3, 14, 3.39, 3.40, 3.4.1), nota 36 (“En realidad, el anexo 9 parece recomendar un enfoque más cooperativo insta a los Estados, como ‘método recomendado’, a que concierten memorandos de acuerdo con los explotadores ‘a fin de determinar directrices de apoyo mutuo y cooperación para combatir los abusos relacionados con el fraude de documentos de viaje’) y nota 37 (“Al respecto, el anexo 9 recomienda a los Estados adoptar pasaportes estándar de lectura mecánica y ‘un sistema de información anticipada sobre los pasajeros’ que permitan transmitir los datos de identificación de los pasajeros al Estado de destino antes de la llegada del vuelo”). “Las personas que llegan al territorio de un Estado por vía aérea están sujetas en general a procesos de inspección y admisibilidad. De conformidad con el anexo 9 del Convenio (de Chicago) sobre Aviación Civil Internacional, los explotadores de aeronaves ‘tomarán precauciones en el punto de embarque’ para asegurar que los pasajeros lleven consigo los documentos de viaje válidos prescritos por el Estado de destino. Los pasajeros considerados no admisibles quedarán bajo custodia del explotador, que es responsable de devolverlos prontamente al punto en que iniciaron su viaje o a cualquier otro lugar donde sean admisibles. Los Estados contratantes del Convenio se comprometen a recibir a los pasajeros rechazados en otra parte si hubieran permanecido en el territorio del Estado antes de embarcar (salvo tránsito directo), a menos que hubieran sido considerados anteriormente no admisibles en ese Estado. Muchos estados imponen multas y otras sanciones a los explotadores de aeronaves que permiten que aterricen pasajeros que no poseen los documentos apropiados, aunque se prohíbe imponer sanciones en los casos en que el explotador puede demostrar que ha adoptado las ‘precauciones adecuadas’ para cumplir con las exigencias relativas a la documentación”. Alexander T. Aleinikoff, nota 119 *supra*, pág. 7 y nota 21 (en referencia al Convenio de Chicago, anexo 9, en especial los artículos 3.52 a 3.71).



Convenio de Schengen<sup>146</sup>, el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes y el Protocolo contra la trata de personas<sup>147</sup>, así como en el derecho nacional<sup>148</sup>. Por lo tanto, la salida forzosa de pasajeros no admisibles parecería quedar fuera del alcance de este tema.

76. La salida forzosa de extranjeros ilegales puede lograrse mediante un procedimiento distinto de la expulsión, como la denegación de admisión<sup>149</sup>, la

<sup>146</sup> “En 1985, los miembros del Convenio de Schengen en Europa acordaron imponer sanciones de ese tipo a sus propios transportistas en nombre de otros Estados miembros que reciben personas indocumentadas y exigirles que se hicieran responsables de hacer regresar a los pasajeros entregados a un Estado Parte sin la documentación correspondiente. Las disposiciones del Convenio de Schengen fueron incorporadas posteriormente a los tratados de la Unión Europea y la Comunidad Europea y ahora se aplican a todos los miembros de la Unión Europea, excepto al Reino Unido e Irlanda. Una directiva del Consejo de la Unión Europea de 2000 refuerza las exigencias del Convenio de Schengen, y agrega que las sanciones deberán ser ‘disuasorias, efectivas y proporcionales’, con una multa mínima de 3.000 euros por pasajero no admisible.” David Fisher y otros, nota 130 *supra*, págs. 91 y 92 y notas. 31 a 33 (en referencia al Acuerdo entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, la República Federal de Alemania y la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, de 14 de junio de 1985, artículo 26, 30 *ILM* 73 (“Este acuerdo fue actualizado en 1990”); el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, la República Federal de Alemania y la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, 19 de junio de 1990, 30 *ILM* 84; el Tratado de Amsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, Anexo B, Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea, 2 de octubre de 1997, *Diario Oficial C* 340 de 1997, 1, 37 *ILM* 56 (1998); y la Directiva del Consejo 2001/51/CE, artículo 4, *Diario Oficial L* 187 de 2002, 45).

<sup>147</sup> “Cuando entren en vigor, el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes y el Protocolo contra la trata de personas adoptarán un enfoque similar al del Convenio de Schengen, aunque su alcance (en cuanto a la cantidad de Estados Parte) probablemente se asemejará más al del Convenio de Chicago. Ambos Protocolos exigirán que los Estados Parte prevean ‘la obligación de los transportistas comerciales ... de cerciorarse de que todos los pasajeros tengan en su poder los documentos de viaje requeridos para entrar en el Estado receptor.’” David Fisher y otros, nota 130 *supra*, págs. 92 y 93 y nota 39 (en referencia al Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Nueva York, 15 de noviembre de 2000, No. 39574, *International Legal Materials*, vol. 40, 2001, pág. 335 (que todavía no ha entrado en vigor), artículo 11 3); y Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Nueva York, 15 de noviembre de 2000, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1678, No. 29004, pág. 201 (que todavía no ha entrado en vigor), artículo 11 3).

<sup>148</sup> “El derecho interno de varios Estados exige que los transportistas comunes (por ejemplo, los transportistas marítimos, aéreos y terrestres, en distintas combinaciones) que prestan servicios internacionales en su territorio verifiquen los documentos de viaje de todos los pasajeros que embarcan. Se imponen sanciones a los transportistas que no cumplen con esas disposiciones.” David Fisher y otros, nota 130 *supra*, pág. 91 (en referencia al Consejo Europeo sobre Refugiados y Exiliados, *Carrier’s Liability: Country Up-Date on the Application of Carriers’ Liability in European States* (1999), [www.ecre.org/research/carrier.doc](http://www.ecre.org/research/carrier.doc)).

<sup>149</sup> “La expulsión difiere de la denegación de admisión en que en el último caso se impide al extranjero ingresar en el territorio del Estado, mientras que la expulsión normalmente se aplica a personas cuyo ingreso y, en algunos casos residencia, se ha permitido inicialmente. Cuando un extranjero ha ingresado en el territorio ilegalmente y sin el conocimiento de las autoridades nacionales y sea deportado posteriormente, es discutible si esa acción del Estado constituye una expulsión o una denegación de admisión. Sin embargo, la diferencia es sólo una cuestión terminológica, porque la consecuencia jurídica en ambos casos puede ser la deportación forzosa.” Karl Doehring, “Aliens, Expulsion and Deportation”, en Rudolf Bernhardt (dir.),

exclusión<sup>150</sup> o la reconducción (*reconduction à la frontière o droit de renvoi*),<sup>151</sup> de conformidad con las leyes nacionales de algunos Estados. La naturaleza de esos procedimientos también puede variar en las leyes nacionales de los Estados que los establecen. Pueden aplicarse a extranjeros que han ingresado ilegalmente en el territorio de un Estado o a aquellos que se encuentren detenidos en la frontera de un Estado mientras se resuelve su solicitud de admisión. Como se señaló en la sección anterior, la noción de expulsión de extranjeros se limita generalmente a los extranjeros que han cruzado la frontera y que están físicamente presentes en el territorio de un Estado, legal o ilegalmente.

77. Puede haber diferencias importantes, en cuanto a los requisitos sustantivos y procesales y al destino del extranjero, entre la expulsión de extranjeros legales y otros procedimientos, como la exclusión, que pueden aplicarse para garantizar la salida forzosa de extranjeros ilegales.

*Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 109 a 112, en especial pág. 110.

<sup>150</sup> “Debe distinguirse la expulsión de la *exclusión (acción de rechazar)*: la expulsión se refiere a los extranjeros que ya han establecido residencia o están en el país, en tanto que la exclusión se produce en el momento en que el extranjero trata de ingresar al país, o inmediatamente después. No está claramente definida la diferencia entre expulsión y exclusión en las leyes de algunos Estados donde los efectos jurídicos de ambas medidas (especialmente en lo que se refiere a la prohibición de regresar al país) son idénticos, y donde a veces se aplica el mismo procedimiento administrativo respecto de ambas. En casi todos los Estados las dos instituciones están estrechamente vinculadas: la expulsión puede utilizarse para aplicar la exclusión, y puede expulsarse a extranjeros por tiempo indefinido en virtud de que eran pasibles de exclusión en el momento de ingresar al país.” Naciones Unidas, “Estudio sobre la expulsión de inmigrantes”, Secretaría, 10 de agosto de 1955 (ST/SOA.22 y Corr.2 (sustituye a Corr.1)), párr. 2. “Según esta opinión, ‘exclusión’ significa impedir que ingrese en los Estados Unidos una persona que se encuentra efectivamente fuera del país o a quien se trata como si se encontrara fuera. La ‘expulsión’ consiste en obligar a alguien que ya se encuentra dentro de los Estados Unidos o a quien se trata como si se encontrara dentro del país a salir de él. ‘Deportación’ significa trasladar a alguien fuera de los Estados Unidos, después de que ha sido excluido o expulsado.” *Kwong Hai Chew v. Colding et al.*, Estados Unidos, Tribunal Supremo, 9 de febrero de 1953, 345 U. S. 229; 97 L.Ed. 972; 73 Sup. Ct. 603, *International Law Reports*, 1953, H. Lauterpacht (ed.), págs. 343 a 357, pág. 346, nota 1.

<sup>151</sup> “Además de la expulsión (o deportación), en el derecho francés existe un procedimiento para hacer salir a la persona del país en forma sumaria (*‘reconduction à la frontière’*). Ese procedimiento sólo puede aplicarse a los extranjeros cuya presencia es ilegal; pero incluso en esos casos se exige la intervención de un tribunal correccional.” Richard Plender, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pág. 463. “También puede distinguirse la práctica de algunos Estados, por la que los extranjeros sin recursos, los vagabundos extranjeros, los extranjeros sospechosos sin documentos de identidad, los delincuentes extranjeros que han cumplido su pena, y otras personas en situaciones similares, son arrestados por la policía y conducidos nuevamente a la frontera, sin formalidades. Pero aunque esa reconducción, denominada a menudo *droit de renvoi*, no es demasiado diferente de la expulsión desde el punto de vista material, sí difiere mucho de ella en cuanto a su forma, dado que la expulsión es una orden de abandonar el país, mientras que la reconducción es el traslado forzoso de los extranjeros fuera de él”. Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, pág. 940, nota 1. En un estudio sobre la apatridia preparado por la Secretaría de las Naciones Unidas en 1949, se utilizó el término “reconducción”, en vez de “deportación”, para designar “el mero acto físico de hacer salir del territorio nacional a una persona que ha logrado ingresar o que reside en ese territorio en forma irregular”; Secretaría de las Naciones Unidas, *Estudio sobre la apatridia*, Lake Success – Nueva York, agosto de 1949, doc. E/112, sección III, capítulo 1 1) J). “También a veces se hace una distinción entre la reconducción de las personas no deseadas a la frontera y la expulsión propiamente dicha, pero la distinción no es significativa en el derecho internacional ni, en general, en el derecho interno”. D. P. O’Connell, *International Law*, vol. 2, 2ª ed., Londres, Stevens & Sons, 1970, pág. 711.

“En los procedimientos de exclusión, los Estados generalmente tienen mayor discrecionalidad para elegir el destino al que se traslada a la persona, y no es infrecuente que se la traslade al puerto de embarque. El amplio abanico de posibilidades, aceptado en la práctica, que tienen las autoridades del Estado ha de considerarse teniendo en cuenta que el extranjero excluido sólo tendrá derecho a apelar su traslado al destino propuesto o decidir los detalles de su propia partida. Sin embargo, una vez que ha cruzado la frontera, en la práctica de los Estados a menudo se le permite gozar de ciertas garantías procesales. Por lo tanto, es posible que pueda apelar, no sólo la expulsión en sí misma, sino el destino propuesto y que se le dé la oportunidad de ingresar en otro país de su elección. Por supuesto, en última instancia, si ningún otro Estado está dispuesto a recibirlo, el único Estado al que el extranjero puede ser trasladado legalmente es al de su nacionalidad o ciudadanía. Si no puede conseguir ser admitido en otra parte, normalmente su apelación de la remoción no tendrá éxito.”<sup>152</sup>

78. De no existir en los tratados disposiciones al respecto, los requisitos sustantivos y procesales para la salida forzosa de los extranjeros ilegales pueden variar según la legislación del Estado de que se trate.<sup>153</sup>

**c) Denegación del permiso de residencia (*refus de séjour*)**

79. Un extranjero que ha sido admitido y ha residido en el territorio de un Estado por un período de tiempo con arreglo al derecho de ese Estado puede ser obligado a partir mediante un procedimiento por el que se le retire el permiso de residencia o se le deniegue su renovación. Ese procedimiento especial que puede aplicarse a los extranjeros residentes se conoce a veces como “*refus de séjour*” (o “*refoulement*”). El *refus de séjour* procede cuando el extranjero: 1) constituye una amenaza para el orden público<sup>154</sup>; 2) no renueva o actualiza su visado o permiso de residencia<sup>155</sup>;

<sup>152</sup> Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, págs. 223 y 224 (se omiten las citas).

<sup>153</sup> “La denegación de ingreso en general implicará el regreso del extranjero al Estado de donde provino. Sin embargo, los extranjeros a quienes se ha denegado el ingreso a un Estado, o que han conseguido ingresar ilegalmente, pueden tener cierto derecho, según la ley de ese Estado, a impugnar toda decisión que ordene su remoción, y quizá puedan invocar disposiciones de ciertos tratados de derechos humanos en apoyo de su impugnación ...” Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheims’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, pág. 940, nota 2. “La situación jurídica de la persona que ingresa ilegalmente varía de un Estado a otro; a veces, sigue estando sujeta a una remoción sumaria, mientras que en otros casos se beneficia plenamente de las normas que establecen garantías procesales y el derecho de apelación.” Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 201 y nota 1 (en referencia a *R. v. Governor of Pentonville Prison ex parte Azam* [1973] 2 All E. R. 765). “La ‘exclusión’ es un proceso similar, pero ocurre ‘en el umbral’; cuando un extranjero ha sido declarado no admisible al llegar, la decisión de obligarlo a salir se denomina ‘exclusión’, en lugar de deportación. Sin embargo, a los fines del presente análisis, la distinción entre ‘deportación’ y ‘exclusión’ no es importante, aunque es posible que existan importantes diferencias procesales entre ambas (especialmente en relación con la existencia de recursos de apelación, de revisión, etc.) en el derecho interno. Ambas se basan en la innegable libertad de los Estados en el derecho internacional de ejercer el derecho soberano de excluir a extranjeros de su territorio; ese derecho sólo está limitado por los principios del derecho internacional relativos al trato de los extranjeros y por las disposiciones de los tratados en vigor existentes entre el Estado que deporta y el Estado del que el extranjero es nacional.” Ivan Anthony Shearer, *Extradition in International Law*, Manchester, University Press, 1971, pág. 76. (Nota: Shearer emplea el término ‘deportación’ para referirse a la orden o decisión pertinente (expulsión), así como a su aplicación (deportación). También parece limitar la aplicación del término ‘exclusión’ a los extranjeros que todavía no han cruzado la frontera del Estado).

<sup>154</sup> Camerún, Decreto de 2000, artículo 65; Francia, Código, artículo L511-1, 7) y 8).

<sup>155</sup> Madagascar, Decreto de 1994, artículos 23 a 26.

o 3) ha hecho declaraciones falsas o cometido otro tipo de fraude para obtener un permiso, o ha violado de alguna otra forma las condiciones de cumplimiento obligatorio bajo las cuales podía permanecer en el Estado <sup>156</sup>.

80. En general, se pide al extranjero a quien se prevé expulsar que abandone el territorio del Estado en un plazo breve. Podrá dársele o no la oportunidad de abandonar voluntariamente el territorio del Estado antes de ser deportado. En cambio, al extranjero que es objeto de un “*refus de séjour*” se le da en general la oportunidad de partir voluntariamente en un plazo razonable. No hay acuerdo entre los Estados sobre si ese procedimiento constituye expulsión o si es equivalente a ella <sup>157</sup>. Puede considerarse que ese procedimiento es una “etapa intermedia” entre la residencia legal y la expulsión <sup>158</sup>. En otras palabras, el extranjero ya no tiene derecho a permanecer en el territorio, pero todavía no es objeto de medidas coercitivas por parte del Estado y se le da la oportunidad de cumplir voluntariamente con la obligación de abandonarlo antes de aplicársele esas medidas. El extranjero que no abandona el territorio voluntariamente en un plazo determinado o razonable puede ser obligado a hacerlo.

#### d) Devolución

81. La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados <sup>159</sup> utiliza, en su artículo 33, los términos “expulsión” y “devolución” (“*refoulement*”). De conformidad con el comentario de Nehemiah Robinson sobre esa disposición, la introducción del término “*refoulement*” se inspiró en la terminología jurídica empleada en Bélgica y en Francia, donde “expulsión” se refiere a las medidas adoptadas a raíz de un delito

<sup>156</sup> Suiza, Ley Federal de 1931, artículo 9.

<sup>157</sup> La legislación de Túnez clasifica expresamente el *refus de séjour* como medida de expulsión (Ley de 1968, artículo 7). El Tribunal Administrativo Superior de Münster estableció que: “Según el artículo 52 AuslG, una orden de prohibición de residencia surte los mismos efectos jurídicos que una orden de expulsión. Por lo tanto, se impidió al demandante ingresar nuevamente en el territorio de la República Federal (artículo 15 AuslG)”. *Residence Prohibition Order Case 1*, República Federal de Alemania, Tribunal Administrativo Superior de Münster, 24 de septiembre de 1968, *International Law Reports*, volumen 61, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 431 a 433. En cambio, el Tribunal Constitucional de Austria, observando las diferencias procesales entre los dos procedimientos establecidos en el derecho austríaco, señaló: “La expulsión es una medida de derecho penal, mientras que la prohibición de residencia es una medida de control de extranjeros. La primera es competencia de los tribunales, mientras que la segunda es una cuestión administrativa. Las medidas tienen finalidades distintas”. *H. v. Directorate for Security of the Province of Lower Austria*, Tribunal Constitucional, 27 de junio de 1975, *International Law Reports*, volumen 77, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 443 a 447, en especial págs. 446 y 447.

<sup>158</sup> “Tanto el sistema francés como el alemán emplean el ‘*refus de séjour*’ como etapa intermedia entre la residencia legal y la expulsión. El extranjero a quien se niega o se retira el permiso de residencia queda obligado a abandonar el Estado con la debida urgencia, aunque en general no se encuentra sujeto a medidas policiales en ese momento ... El derecho y la práctica franceses se refieren a menudo a la retirada y la denegación de los permisos de residencia como medidas de ‘*refoulement*’...” Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, págs. 253 y 254 y pág. 254, nota 1.

<sup>159</sup> El artículo 33 de la Convención trata de la “prohibición de expulsión o devolución (“*refoulement*”)” y en él se establece lo siguiente:

“1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.

2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.”

atribuible a la persona en cuestión y “*refoulement*” abarca de forma más general las medidas destinadas a garantizar la salida de personas “no deseables”.

“... el Comité Especial estuvo de acuerdo en que ‘*refoulement*’, término existente en Bélgica y en Francia y desconocido en otros países, significa deportación como medida policial o denegación de admisión en la frontera, por considerarse indeseable la presencia de la persona en el país, mientras que ‘expulsión’ se refiere principalmente a refugiados que han cometido algún delito. Dado que en el artículo 33 no se menciona la admisión, parecería que en la mayoría de los países existe únicamente una medida, la expulsión, mientras que en otros (especialmente Francia y Bélgica) ‘devolución’ equivaldría a ‘*refoulement*’.”<sup>160</sup>

82. El término “*refoulement*” tiene diferentes significados en la legislación de los distintos países. A menudo se emplea para referirse a la denegación de ingreso, cuestión que parece estar fuera del alcance del presente tema<sup>161</sup>. Sin embargo, “*refoulement*” también se utiliza en un sentido más amplio para referirse a la remoción del territorio de un Estado de los extranjeros ilegales o de los extranjeros que constituyen una amenaza para el orden público, la seguridad nacional, la salud o la moralidad<sup>162</sup>.

#### e) Extradición

83. Existen importantes diferencias en la naturaleza y la finalidad de la expulsión y la extradición aun cuando ambos procedimientos puedan ser utilizados por un Estado para obligar a la salida de un extranjero<sup>163</sup>. La expulsión de un extranjero es

<sup>160</sup> Nehemiah Robinson, *Convention Relating to the Status of Refugees. Its History, Contents and Interpretation*, Institute of Jewish Affairs, World Jewish Congress, 1953 (reimpreso en 1997 por la División de Protección Internacional del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados), pág. 138 (se omite la cita).

<sup>161</sup> En la legislación de Honduras, “*refoulement*” se define como la acción mediante la cual se niega el ingreso al país a un extranjero y se dispone que sea trasladado al país de origen, de procedencia o a un tercer país que lo admita (Ley de 2003, artículo 3 23)). En la legislación del Camerún se especifica que “*refoulement*” es una medida que se toma cuando entra en el territorio un extranjero y supone que éste sea escoltado de inmediato a un vehículo y puesto a disposición del operario (Decreto de 2000, artículos 59 y 60). En la legislación de Finlandia, la prohibición de devolución supone que no se denegará la entrada ni se devolverá o se deportará al extranjero (Ley de 2004, artículo 147).

<sup>162</sup> Madagascar permite la devolución en los casos de entrada ilegal, estancia una vez terminado el período autorizado o, cuando se haya concedido a un extranjero el derecho de estancia temporal, la persona constituya una amenaza para el orden público, la seguridad nacional, la salud o la moralidad (Ley de 1962, artículos 12 y 17).

<sup>163</sup> “En el plano teórico no debe haber confusión entre extradición y deportación, ya que tienen finalidades claramente diferentes. La extradición tiene por objeto devolver a un delincuente fugitivo a la jurisdicción de un Estado que tiene un derecho lícito a juzgarlo o castigarlo por un delito. Por consiguiente, la esencia misma de la extradición radica en garantizar que el fugitivo sea devuelto a esa jurisdicción. La deportación, por su parte, es el medio por el que un Estado se libra de un extranjero no deseado. Ese objetivo se logra tan pronto como el extranjero ha salido del territorio, y el destino final del deportado no es significativo a ese respecto”. Ivan Anthony Shearer, *Extradition in International Law*, Manchester, University Press, 1971, págs. 76 y 77. “El derecho internacional distingue entre expulsión y extradición. La expulsión es una medida administrativa en forma de orden gubernamental por la que se emplaza a un extranjero a que abandone el territorio; a menudo se utilizan indistintamente los términos expulsión y deportación. La extradición es ‘la entrega de un acusado o un condenado al Estado donde se le acusa, o donde ha sido condenado por un delito, por el Estado en cuyo territorio se encuentra en ese momento’”. Hélène Lambert, nota 83 *supra*, pág. 60, nota 130 (en referencia a Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, págs. 940 a 962). “También hay que distinguir la expulsión de la extradición: la

una medida unilateral de un Estado para obligar a salir a un extranjero cuya presencia continua en su territorio redundaría en perjuicio de los intereses públicos del Estado territorial. La extradición de un extranjero, en cambio, requiere la cooperación consensual de dos Estados y suele llevarla a cabo el Estado territorial en virtud de un tratado bilateral o de otro tipo en interés del Estado solicitante a fin de facilitar el cumplimiento de su legislación penal nacional.

“La expulsión como medida para preservar la seguridad pública del Estado debe distinguirse de la extradición, dado que esta última se aplica a los procesos penales, apoya el principio de asistencia jurídica entre Estados y, por tanto, reprime la delincuencia. La extradición se realiza principalmente en interés del Estado que la solicita, mientras que la expulsión se realiza en interés exclusivo del Estado expulsor. La extradición requiere la cooperación consensual de al menos dos Estados, mientras que la expulsión es un acto unilateral independiente del deber del Estado receptor de aceptar a su propio nacional. En consecuencia, por razones de derecho internacional o de derecho interno, la expulsión de una persona puede ser ilegal, mientras que la extradición de esa misma persona puede ser legal, y viceversa.”<sup>164</sup>

84. Parece que la extradición está fuera del alcance del tema que aquí se trata, limitado en sus términos a la expulsión. En el presente contexto pueden surgir cuestiones relativas a la extradición en relación con el asunto de la expulsión como extradición de hecho o encubierta<sup>165</sup>.

#### f) Entrega

85. Los extranjeros sospechosos de actividades delictivas pueden ser trasladados a otro Estado mediante un procedimiento conocido como “entrega”, “entrega extraordinaria” o “entrega irregular”.

“Los términos ‘entrega’ y ‘entrega extraordinaria’ se han empleado para describir diversas formas de traslado de personas para ponerlas bajo la

---

expulsión es una medida que adopta en forma unilateral el Estado en que reside o permanece el extranjero, tiene por objeto proteger los intereses de ese Estado, y no impide que la persona expulsada, después de abandonar el territorio del país, se traslade libremente de un lugar a otro. La extradición, en cambio, se produce mediante un acuerdo bilateral entre los Estados interesados, está destinada a proteger los intereses del Estado de destino, se aplica solamente a personas acusadas de delitos (siempre que no se trate de delitos políticos o de deserción), y consiste en la entrega de esa persona a las autoridades del Estado que la solicita”. Naciones Unidas, “Estudio sobre la expulsión de inmigrantes”, Secretaría, 10 de agosto de 1955 (ST/SOA.22 y Corr.2 (sustituye a Corr.1)), párr. 3.

<sup>164</sup> Karl Doehring, “Aliens, Expulsion and Deportation”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 109 a 112, en especial pág. 110.

<sup>165</sup> “Al igual que la expulsión, la extradición comporta la remoción de una persona del territorio de un Estado. Aunque tiene características concretas, puede considerarse una subcategoría de la expulsión a la que se aplican normas especiales. Sin embargo, dado su carácter específico, la extradición suele considerarse una medida jurídica independiente y, como tal, se sitúa fuera del alcance del presente análisis. La extradición se produce por lo general a raíz de una medida judicial o administrativa y consiste en la deportación forzosa de una persona a otro Estado. Además, la extradición obedece al objetivo concreto de que una persona sea juzgada o de que un condenado cumpla su condena. Por último, se dirige necesariamente a un Estado concreto, que ha solicitado que la persona sea puesta a su disposición. Cuando se dan todas estas condiciones en relación con una medida que, sin embargo, es definida por el Estado que la adopta como expulsión y no como extradición, se considera que la medida es una ‘extradición encubierta’ y se engloba hasta cierto punto en el régimen especial relativo a la extradición.” Giorgio Gaja, nota 28 *supra*, págs. 291 y 292. Véase la parte VII.A.8 a).

custodia de otros Estados ... Algunos de los traslados de sospechosos de actividades terroristas tienen lugar en un marco jurídico, como un proceso de deportación de inmigración o un proceso de extradición. Otros traslados se realizan al margen de todo proceso jurídico. De muchas formas, esas entregas extrajudiciales plantean preocupaciones aún más graves, debido sobre todo a que se realizan en secreto y sin garantías procesales, como la oportunidad de que el afectado impugne su traslado en un foro jurídico.

Aunque el término ‘entrega’ se ha utilizado para referirse a traslados que tienen como fin someter a las personas a torturas, suele emplearse con mayor frecuencia simplemente para referirse al traslado o el envío de una persona a otro país. ‘Entrega extraordinaria’ se refiere, por lo general, a la forma extrajudicial de la práctica, en la que una persona es apresada en un país y puesta a disposición de otro sin ningún procedimiento jurídico oficial. Algunos autores establecen una diferencia entre entregas extraordinarias y entregas que no se basan en el proceso empleado para efectuar el traslado, sino en si el resultado final comporta el riesgo de tortura. Utilizan la expresión ‘entrega extraordinaria’ para referirse al traslado de sospechosos de terrorismo a países en que pueden sufrir torturas.”<sup>166</sup>

86. Esta práctica relativamente inusual se ha utilizado con mayor frecuencia en los últimos años en relación con extranjeros sospechosos de participar en actividades terroristas de carácter internacional.

“Los sospechosos de actividades terroristas o delictivas podrán ser trasladados por un Estado (es decir, un país) ... a otro para responder de las acusaciones en su contra. La puesta de un fugitivo por un Estado a disposición de otro suele recibir el nombre de *entrega*. Una forma peculiar de entrega es la *extradición*, en virtud de la cual un Estado pone a una persona que se encuentra en su jurisdicción territorial a disposición del Estado que lo solicita mediante un proceso jurídico formal, establecido por lo general mediante un tratado entre los países. Sin embargo, también pueden efectuarse entregas aunque no haya tratados de extradición. Las expresiones ‘entrega irregular’ y ‘entrega extraordinaria’ se han empleado para referirse al traslado extrajudicial de una persona por un Estado a otro, normalmente para fines de arresto, detención o interrogatorio por el Estado receptor ... A diferencia de lo que ocurre en las extradiciones, las personas entregadas en virtud de esa modalidad no suelen tener acceso al sistema judicial del Estado que las envía para impugnar su traslado. A veces las personas son entregadas desde el territorio del propio Estado que realiza la entrega, mientras que en otras ocasiones son capturadas en otro país por dicho Estado y entregadas a continuación, sin haber pisado jamás el territorio del Estado que las entrega. A veces las entregas se producen con el consentimiento oficial del Estado donde se encuentra el fugitivo; otras veces, no.”<sup>167</sup>

<sup>166</sup> Human Rights Watch, Report to the Canadian Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar (informe presentado por Wendy Patten), 7 de junio de 2005, pág. 2 (se omite la cita).

<sup>167</sup> Michael John Garcia, “Renditions: Constraints Imposed by Laws on Torture”, USA Congressional Research Service Reports for Congress on General National Security Topics, The Library of Congress, RL32890, 5 de julio de 2005, págs. 1 a 24, en especial págs. 1 y 2 (se omite la cita). “Aunque no se conocen públicamente las particularidades sobre el empleo de entregas extraordinarias y la autoridad jurídica necesaria en esos casos, diversos funcionarios de los Estados Unidos han reconocido que la práctica existe. Recientemente ha habido cierta polémica sobre el empleo de entregas por los Estados Unidos, sobre todo en lo que respecta al

87. La captura y entrega de extranjeros por un Estado desde el territorio de otro Estado está fuera del alcance del presente tema, referente a la expulsión de extranjeros por un Estado de su propio territorio. Además, la entrega de extranjeros por un Estado desde su propio territorio estaría fuera del alcance del presente tema, que se ocupa de la remoción de extranjeros por un Estado porque su presencia es contraria a sus propios intereses y no para facilitar el arresto, la detención o el interrogatorio de una persona en otro Estado.

**g) Traslado forzoso o desplazamiento interno**

88. La noción de expulsión abarca la salida forzosa de un extranjero *del* territorio de un Estado. El traslado forzoso de extranjeros por un Estado *dentro* de su territorio (también llamado “desplazamiento interno”) está fuera del alcance del tema que aquí se trata<sup>168</sup>. En varias decisiones y sentencias, el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia destacó reiteradamente esta distinción, en el contexto del derecho penal internacional<sup>169</sup>.

---

presunto traslado de sospechosos de terrorismo a países en que hay constancia de la dureza de las técnicas empleadas en los interrogatorios que pueden llegar al nivel de tortura, supuestamente con el conocimiento o el consentimiento de los Estados Unidos”. *Ibid.*, en la pág. i. En un reciente caso de expulsión en el Reino Unido, la Cámara de los Lores dictaminó que las pruebas que se hubieran obtenido, o pudieran haberse obtenido, mediante tortura eran inadmisibles en todas las diligencias. Véase *A. and others v. Secretary of State for the Home Department*, Cámara de los Lores, [2005] UKHL 71, A11 ER (D) 124 (Dec), 8 de diciembre de 2005.

<sup>168</sup> “Las cuestiones de reasentamiento forzoso conciernen a los desplazamientos involuntarios dentro de la jurisdicción de un Estado y no a los movimientos transfronterizos”. Alfred-Maurice De Zayas, “Population, Expulsion and Transfer”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 3, 1997, págs. 1062 a 1068, en especial pág. 1062. “La cuestión de los ‘desplazados internos’ no se trata en el presente estudio, ya que no cruzan fronteras internacionales, pero en los últimos años han comenzado a recibir considerable asistencia internacional y cierto grado de protección”. Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, pág. 100.

<sup>169</sup> Véase, en relación con los crímenes de lesa humanidad, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, causa No. IT-98-33-T, sentencia de 2 de agosto de 2001, pág. 183, párr. 521: “Tanto la deportación como el traslado forzoso se refieren al desalojo ilegal e involuntario de personas del territorio en el que residen. Sin embargo, ambos conceptos no son sinónimos en derecho internacional consuetudinario. La deportación presupone el traslado fuera de las fronteras del Estado, mientras que el traslado forzoso se refiere a los desplazamientos dentro de un Estado”. El Tribunal siguió el mismo criterio en *Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, causa No. IT-97-25-T, sentencia de 15 de marzo de 2002, págs. 198 y 199, párr. 474; *Prosecutor v. Mladen Naletilić, alias “TUTA” and Vinko Martinović, alias “ŠTELA”*, causa No. IT-98-34-T, sentencia de 31 de marzo de 2003, pág. 228, párr. 670; *Prosecutor v. Blagoje Simić, Miroslav Tadić, Simo Zarić*, causa No. IT-95-9-T, sentencia de 17 de octubre de 2003, págs. 41 y 42, párr. 122; *Prosecutor v. Slobodan Milošević*, causa No. IT-02-54-T, decisión sobre petición de sentencia absolutoria, 16 de junio de 2004, págs. 19 a 25, párrs. 45 a 69; *Prosecutor v. Radoslav Brđjanin*, causa No. IT-99-36-T, sentencia de 1º de septiembre de 2004, págs. 202 a 204, párrs. 540 a 544, y *Prosecutor v. Vidoje Blagojević, Dragan Jokić*, causa No. IT-02-60-T, sentencia de 17 de enero de 2005, págs. 221 y 222, párr. 595. Por el contrario, véase *Prosecutor v. Milomir Stakić*, causa No. IT-97-24-T, sentencia de 31 de julio de 2003, pág. 193, párr. 679, en que el desplazamiento de personas a través de fronteras nacionales no se consideró un elemento necesario del delito de deportación (“El delito de deportación en este contexto se definirá, por tanto, como el desplazamiento forzoso de personas mediante expulsión u otros actos coactivos, sin motivos autorizados por el derecho internacional, de la zona en que se encuentran legítimamente a una zona controlada por otra parte”).



## h) Expulsión en sentido estricto o criterio funcional

89. Se plantea la cuestión de si el alcance del presente tema debe limitarse a las medidas tomadas por un Estado para obligar a la salida de un extranjero que constituya una expulsión en sentido estricto o debe ampliarse para abarcar otros procedimientos que tengan la misma función (por ejemplo, expulsión implícita, exclusión, denegación de admisión, reconducción y “*refus de séjour*”). El criterio más limitado de que el tema se centre exclusivamente en la expulsión sería, presumiblemente, menos complicado y más rápido. Sin embargo, no ofrecería un régimen general para la regulación de los diversos tipos de procedimientos aplicables a categorías concretas de extranjeros como extranjeros ilegales o extranjeros residentes. El criterio más amplio ofrecería un sistema de carácter más general para la regulación de los diversos procedimientos que puede emplear un Estado a fin de garantizar la salida forzosa de extranjeros de su territorio<sup>170</sup>. Así, la cuestión que aquí se trata está relacionada en cierta medida con la cuestión anterior de si el presente tema debe abarcar categorías concretas de extranjeros. Cabe señalar también que el criterio más amplio quizá precise un estudio más detenido de los principios generales derivados de la práctica pertinente de los Estados en cuyas leyes se establecen los diversos procedimientos. En algunos casos, en la legislación nacional de diferentes Estados pueden emplearse términos distintos para referirse a procedimientos destinados a cumplir la misma función. Un criterio funcional podría facilitar la identificación de las características generales comunes a los diversos procedimientos hallados en diferentes sistemas jurídicos.

90. Por otro lado, el alcance del tema no abarcaría procedimientos destinados a cumplir una función que no sea la expulsión de un extranjero por un Estado de su territorio cuando la presencia de dicho extranjero sea contraria a los intereses del Estado. En primer lugar, las leyes y los procedimientos nacionales en materia de inmigración que regulan la admisión de extranjeros que aún no han sido admitidos oficialmente al territorio del Estado y no se considera de otra forma que están físicamente presentes en el Estado estarían fuera del alcance del tema que aquí se trata<sup>171</sup>. En segundo lugar, los procedimientos de extradición adoptados para obligar

<sup>170</sup> Parece que el Comité de Derechos Humanos ha adoptado un criterio funcional en la aplicación del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos relativo a la expulsión de extranjeros, según se explica a continuación: “El artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se aplica a todos los procedimientos relacionados con la salida obligatoria de un extranjero, independientemente de que se describan en la legislación nacional como expulsión o de otra forma”. Comité de Derechos Humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), Observación general, No. 15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 11 de abril de 1986. Véase Kate Jastram, “Family Unity” en Alexander T. Aleinikoff y V. Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003, págs. 185 a 201, en especial pág. 191, nota 32.

<sup>171</sup> “La expulsión de un extranjero que ha sido admitido legalmente en un Estado debe distinguirse de la denegación de entrada en el Estado a un extranjero, ya que la expulsión o la deportación en ambas situaciones suelen estar sujetas a diferentes requisitos legales, normalmente en el sentido de que es más fácil obligar a salir a aquéllos a quienes se ha denegado la entrada”. Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, pág. 940, nota 2 (en referencia a *Barber v. Gonzales*, ILR, 20 (1953), pág. 276; *Roggenbihl v. Lusby*, ibíd., pág. 281; *The State v. Ibrahim Adam*, ILR, 23 (1956), pág. 374; *Leng May Ma v. Barber*, ILR, 26 (1958-II), pág. 475; *R v. Pringle, ex parte Mills* (1968), ILR, 44, pág. 135). “La facultad de expulsión o deportación podrá ejercerse cuando un extranjero intente entrar en un país o después de que un extranjero haya entrado en el territorio de un Estado. Sin embargo, cuando un extranjero que intenta entrar en un país no lo consigue, no será técnicamente expulsado o deportado, sino excluido. [Véase la Norma Rectora 9].” Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, pág. 90.

a la salida de un extranjero a petición de otro Estado a fin de facilitar la aplicación de su legislación penal estaría fuera del alcance del tema. En tercer lugar, la entrega de un extranjero por un Estado a otro Estado para su arresto, detención, interrogatorio o enjuiciamiento estaría fuera del alcance del tema. En cuarto lugar, el traslado forzoso o el desplazamiento interno de extranjeros dentro de un Estado también estarían fuera del alcance del tema.

## 2. Deportación

91. Puede establecerse una distinción entre el concepto de expulsión referido a la decisión u orden oficial por la que se exige la salida de un extranjero, por un lado, y el concepto de deportación referido a la aplicación de la decisión o la orden, por el otro<sup>172</sup>.

“La expulsión se refiere a la orden del gobierno de un Estado en la que se emplaza a una persona —por lo general, un extranjero o un apátrida— a que abandone el territorio de dicho Estado en un plazo determinado y normalmente breve. Esa orden suele ir acompañada del anuncio de que se pondrá en práctica, de ser necesario, mediante la deportación. En resumen, la expulsión es la prohibición de permanecer en el territorio del Estado que dicta la orden; la deportación es la ejecución efectiva de la orden de expulsión. ... La ejecución de la expulsión comporta por lo general deportación, esto es, el transporte coactivo del extranjero fuera del territorio del Estado expulsor, si el extranjero se niega a salir voluntariamente.”<sup>173</sup>

92. Existen opiniones diferentes sobre si esa distinción es necesaria<sup>174</sup>. La legislación nacional de los Estados difiere al respecto<sup>175</sup>. La distinción puede resultar útil para delimitar las dos etapas de la expulsión de un extranjero que pueden precisar el examen de diferentes cuestiones sustantivas y de procedimiento.

<sup>172</sup> “Normalmente la expulsión tiene su origen en una medida administrativa o judicial en la que se ordena a una persona que salga del territorio en un plazo determinado so pena de ser obligado a hacerlo. En algunos casos, la medida se aplica directamente sin dar oportunidad a la persona a salir del territorio por sí misma. Cuando el Estado recurre a la fuerza para asegurarse de que la persona realmente sale del territorio, la medida suele llamarse deportación. Sin embargo, este término también se emplea para referirse a un traslado forzoso de una parte del territorio de un Estado a otra. Por ejemplo, el término deportación sería adecuado para describir la práctica utilizada en el pasado de enviar reos y extranjeros no deseados de la Francia continental a colonias como Cayenne”. Giorgio Gaja, nota 28 *supra*, pág. 289.

<sup>173</sup> Karl Doehring, “Aliens, Expulsion and Deportation”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 109 a 112, en especial págs. 109 y 111.

<sup>174</sup> “En ocasiones se establece una distinción entre deportación y expulsión, aunque esta distinción no afecta al derecho internacional. Deportación es el acto de hacer salir de un territorio a las personas que entraron inicialmente de forma ilegal, mientras que expulsión es el fin de la entrada legal y del derecho a permanecer en el territorio”. D. P. O’Connell, *International Law*, vol. 2, 2ª ed., London, Stevens & Sons, 1970, pág. 711. “‘Deportación’ no es un término específico y se utiliza como sinónimo de ‘expulsión’; es el acto de hacer salir obligatoriamente a un extranjero del territorio del Estado que hace la deportación, por lo general unido a amenazas de exclusión en caso de que el extranjero intente volver a entrar”. Ivan Anthony Shearer, *Extradition in International Law*, Manchester, University Press, 1971, pág. 76 (se omite la cita).

<sup>175</sup> “Aunque no existe mucha coherencia en las legislaciones nacionales, a veces se establece una distinción entre expulsión y deportación, y la deportación se limita a las diligencias iniciadas en el puerto de entrada que tienen por objeto hacer salir a alguien después de que se le haya denegado la admisión. En los Estados Unidos, los ‘estatutos de deportación’ se aprobaron en un principio para facilitar la remoción de inmigrantes ilegales, aunque se verá que a lo largo de los años la deportación ha ido desarrollando su propio régimen especial”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 201 (se omite la cita).

También puede ser útil adoptar un criterio funcional respecto del concepto de deportación dado que en la legislación nacional de los Estados se utilizan términos diferentes para referirse al aspecto de ejecución de la salida forzosa de un extranjero en general y en relación con diferentes categorías de extranjeros. Cabe señalar que el término “deportación” puede tener significados diferentes según se utilice en legislación en lengua francesa o inglesa<sup>176</sup>.

#### D. Expulsión de extranjeros en tiempo de conflicto armado

93. La cuarta cuestión que hay que tener en cuenta para determinar el alcance del presente tema es hasta qué punto existen normas especiales que regulan la expulsión de extranjeros en tiempo de conflicto armado.

“La teoría y la práctica establecen una distinción acertada entre expulsión en tiempo de hostilidades y en tiempo de paz. Un Estado beligerante puede considerar conveniente expulsar de su territorio a los nacionales de Estados enemigos que residan o se encuentren temporalmente en él: aunque esa medida puede resultar dura para los extranjeros, está generalmente aceptado que una expulsión de ese tipo es justificable.”<sup>177</sup>

94. El derecho internacional humanitario se ocupa de diversas situaciones relativas a la salida o el traslado de civiles, incluidos extranjeros, en relación con un conflicto armado. Sin embargo, no parece que el derecho internacional humanitario que figura en los tratados regule expresamente la expulsión por un Estado de un extranjero que se encuentre en su territorio en tiempo de conflicto armado internacional o no internacional.

“Resulta curioso que el derecho consuetudinario de un Estado a expulsar a extranjeros procedentes de Estados enemigos al comienzo de un conflicto no haya sido derogado por la Convención. Se ha sugerido que, si un Estado expulsa de esa forma a extranjeros procedentes de Estados enemigos, debería al menos darles las mismas facilidades de salida, en forma de dinero y posesiones, que en el caso de aquéllos a quienes se permite salir en virtud del artículo 35 ... Las consideraciones de carácter humanitario y la lógica quizá lo exijan así, pero no existe ninguna disposición al respecto en la Convención y ese tipo de expulsión no se condena en el derecho internacional consuetudinario ... Parece tratarse de una laguna grave, ya que se deja libertad a los Estados para que realicen expulsiones según su propio criterio, por

<sup>176</sup> “El término ‘deportación’ se emplea en los países de habla inglesa; en los países de habla francesa tiene un significado completamente distinto, puesto que se refiere a la sanción consistente en el traslado del delincuente nacional o extranjero a una colonia penal situada fuera del territorio metropolitano. El término ‘expulsión’ se emplea en la versión española del presente estudio, salvo cuando se citan textos legislativos en los que se utiliza la palabra ‘deportación’”. Naciones Unidas, “Estudio sobre la expulsión de inmigrantes”, Secretaría, 10 de agosto de 1955 (ST/SOA.22 y Corr.2 (sustituye a Corr.1)), párr. 1, nota 1.

<sup>177</sup> Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, pág. 941. “Únicamente se examinarán aquí cuestiones relativas a la expulsión de personas en tiempo de paz”. Giorgio Gaja, nota 28 *supra*, pág. 289. “Esta monografía se ocupa únicamente de algunos principios y normas básicos y generales, a los que deben adaptarse otras normas y reglamentos ... En principio, las normas examinadas en esta monografía sólo se aplican en tiempo de paz; no se aplican en tiempo de guerra o de conflicto armado interno”. Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington D.C., American Society of International Law, 1992, pág. viii.

ejemplo, podría expulsarse a extranjeros con poca antelación y sin dinero ni posesiones ...”<sup>178</sup>

95. En el Cuarto Convenio de Ginebra figuran disposiciones relativas al trato de civiles (personas protegidas)<sup>179</sup> en tiempo de conflicto armado internacional. En el artículo 35, el Convenio se ocupa de la salida *voluntaria* de extranjeros que se encuentran en el territorio de un Estado que es parte en el conflicto<sup>180</sup>. En esta disposición no se trata la salida forzosa ni la expulsión por un Estado de extranjeros de su territorio durante el conflicto. En el comentario sobre el Cuarto Convenio de Ginebra elaborado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) se indica claramente que el artículo 35 se ocupa únicamente de la salida voluntaria de extranjeros<sup>181</sup> y que el derecho de un Estado a expulsar a un extranjero de su

<sup>178</sup> Gerald Draper, *The Red Cross Conventions*, págs. 36 y 37 (1958), citado en *10 Digest of International Law*, pág. 274 (Marjorie Whiteman ed., 1968).

<sup>179</sup> En el párrafo 1 del artículo 4 del Cuarto Convenio de Ginebra se define el concepto de “persona protegida” según se indica a continuación:

“El presente Convenio protege a las personas que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas.

No protege el Convenio a los súbditos de un Estado que no sea parte en él. Los súbditos de un Estado neutral que estén en el territorio de un Estado beligerante y los súbditos de un Estado cobeligerante no serán considerados como personas protegidas, mientras que el Estado de que sean súbditos tenga representación diplomática normal ante el Estado en cuyo poder estén. Sin embargo, las disposiciones del Título II tienen un ámbito de aplicación más extenso, definido en el artículo 13.

Las personas protegidas por el Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña o por el Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar o por el Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, no se considerará que son personas protegidas en el sentido del presente Convenio.”

Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, Ginebra, 12 de agosto de 1949, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, No. 973, pág. 287 [en lo sucesivo, Cuarto Convenio de Ginebra].

<sup>180</sup> Cuarto Convenio de Ginebra, artículo 35:

“Toda persona protegida que desee salir del territorio al comienzo o en el transcurso de un conflicto, tendrá derecho a hacerlo, a no ser que su salida redunde en perjuicio de los intereses nacionales del Estado. La decisión sobre su salida se tomará según un procedimiento legítimo y deberá tener lugar lo más rápidamente posible. Una vez autorizada a salir del territorio, podrá disponer del dinero necesario para el viaje y llevar consigo un volumen razonable de efectos y de objetos de uso personal.

Las personas a quienes se niegue el permiso para salir del territorio tendrán derecho a que un tribunal o un consejo administrativo competente, instituido con esta finalidad por la Potencia detenedora, considere de nuevo la negativa en el más breve plazo posible.

Previa solicitud, representantes de la Potencia protectora podrán obtener, a no ser que a ello se opongan motivos de seguridad o que los interesados presenten objeciones, una explicación de las razones por las que se ha denegado a personas solicitantes la autorización para salir del territorio, así como, lo más rápidamente posible, una relación de los nombres de quienes se encuentren en ese caso.”

<sup>181</sup> “Las palabras ‘que desee salir del territorio’ muestran con bastante claridad que las personas protegidas únicamente saldrán del territorio si así lo desean. En el borrador inicial del Comité Internacional se establecía que ninguna persona protegida podría ser repatriada en contra de su voluntad; esa misma idea está implícita en el texto finalmente aprobado, aunque se expresa en una forma algo diferente. Se trata de una cuestión importante, ya que muchos civiles extranjeros no desean salir de un país en el que llevan muchos años viviendo y con el que tienen vínculos”. Jean S. Pictet (ed.), *Commentary. IV Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1958, pág. 235 (se omite la cita).

territorio se mantiene pese a la prohibición de repatriación forzosa<sup>182</sup>. La Comisión de Límites entre Eritrea y Etiopía llegó a una conclusión similar respecto de la aplicación expresa del Convenio<sup>183</sup>.

96. El Cuarto Convenio de Ginebra se ocupa de la salida *forzosa* de extranjeros del territorio de un Estado como resultado de una transferencia, repatriación o extradición previstas en el artículo 45<sup>184</sup>. Sin embargo, en esa disposición no se aborda la salida forzosa de extranjeros mediante expulsión<sup>185</sup>. El comentario sobre el artículo 45 indica claramente que se mantiene el derecho de un Estado a expulsar a extranjeros de su territorio por motivos de seguridad nacional:

“No existe ninguna disposición relativa a la deportación (expulsión en francés), la medida adoptada por un Estado para hacer salir de su territorio a un extranjero no deseable. Al no haber ninguna cláusula en que se estipule que la deportación debe considerarse una forma de transferencia, parecería que en este artículo no se pone ninguna traba al derecho de las partes en el conflicto a deportar extranjeros en casos concretos cuando la seguridad del Estado así lo exija.”<sup>186</sup>

97. El Cuarto Convenio de Ginebra se ocupa también, en el artículo 49, de la salida forzosa de civiles mediante “traslado forzoso” o “deportación” por una

<sup>182</sup> “Aunque la repatriación forzosa —esto es, devolver a una persona a su país en contra de su voluntad— está prohibida, se ha mantenido el derecho de expulsión”. *Ibid.*, pág. 235, nota 1.

<sup>183</sup> “En el Cuarto Convenio de Ginebra no se aborda expresamente la expulsión de nacionales del Estado enemigo o de otros extranjeros, sino que se hace hincapié en el derecho de los extranjeros que deseen salir del territorio del Estado beligerante a hacerlo. Véase el artículo 35”. *Partial Award, Civilians Claims, Eritrea’s Claims 15, 16, 23 & 27-32*, Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, La Haya, 17 de diciembre de 2004, párr. 81, nota 27.

<sup>184</sup> Cuarto Convenio de Ginebra, artículo 45:

“Las personas protegidas no podrán ser transferidas a una Potencia que no sea parte en el Convenio. Esta disposición no será obstáculo para la repatriación de las personas protegidas o para su regreso al país de su domicilio después de finalizadas las hostilidades. Las personas protegidas no podrán ser transferidas por la Potencia detenedora a una Potencia que sea Parte en el Convenio sino después de que la primera se haya cerciorado de que la Potencia de que se trata desea y puede aplicar el Convenio. Cuando las personas protegidas sean así transferidas, la responsabilidad de la aplicación del presente Convenio incumbirá a la Potencia que haya aceptado acogerlas durante el tiempo que le sean confiadas. Sin embargo, en caso de que esta Potencia no aplique, en todos sus puntos importantes, las disposiciones del Convenio, la Potencia por la cual las personas protegidas hayan sido transferidas deberá, tras una notificación de la Potencia protectora, tomar medidas eficaces para remediar la situación o solicitar que las personas protegidas le sean devueltas. Se satisfará tal solicitud. En ningún caso se podrá transferir a una persona protegida a un país donde pueda temer persecuciones a causa de sus opiniones políticas o religiosas. Las disposiciones de este artículo no se oponen a la extradición, en virtud de los correspondientes tratados concertados antes del comienzo de las hostilidades, de personas protegidas acusadas de crímenes de derecho común.”

<sup>185</sup> “El comentario al Cuarto Convenio de Ginebra explica claramente las normas establecidas en el derecho internacional humanitario moderno. Explica que el artículo 45 del Cuarto Convenio de Ginebra versa sobre las transferencias de civiles, incluido el internamiento en el territorio de otro Estado, la repatriación, el regreso de personas protegidas al país de su domicilio o su extradición. En el Cuarto Convenio de Ginebra se prevén todas estas posibilidades. Por otro lado, no existe ninguna disposición relativa a la expulsión, la medida adoptada por un Estado para hacer salir de su territorio a un extranjero no deseable. Al no haber ninguna cláusula en que se estipule que la deportación debe considerarse una forma de transferencia, parecería que en el artículo 45 no se pone ninguna traba al derecho de los Estados partes en el conflicto a expulsar a extranjeros en casos concretos cuando la seguridad del Estado así lo exija”. Jean-Marie Henckaerts, *Mass Expulsion in Modern International Law and Practice*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pág. 137.

<sup>186</sup> Jean S. Pictet (ed.), nota 182 *supra*, pág. 266.

Potencia ocupante de un territorio ocupado al territorio de la Potencia ocupante o al de otro Estado<sup>187</sup>. Esta disposición se aplica al traslado forzoso o la deportación de personas que no son nacionales del Estado ocupante. Esas personas pueden o no ser nacionales del Estado en cuyo territorio se encuentran. Sin embargo, el traslado forzoso o la deportación de personas por un Estado ocupante, incluso de quienes no sean nacionales del Estado en que se encuentran, no constituiría la expulsión *por un Estado* de un extranjero *de su territorio*. Esta disposición no regula la expulsión de un extranjero por el Estado territorial en tiempo de conflicto armado internacional<sup>188</sup>.

98. Además, puede entenderse que las deportaciones o traslados ilegales definidos como infracciones graves en el artículo 147 del Cuarto Convenio de Ginebra se refieren a las situaciones concretas mencionadas anteriormente, es decir, las que se describen en los artículos 45 y 49 del Convenio<sup>189</sup>. Lo mismo cabe decir respecto de los traslados forzosos y las deportaciones que se definen como crímenes de guerra

<sup>187</sup> Jennings y Watts hacen las siguientes observaciones al examinar la expulsión de extranjeros: “La deportación de civiles de territorios ocupados por un Estado beligerante plantea diversas cuestiones ... El asunto ha recibido especial atención en relación con la deportación de palestinos de territorios ocupados por Israel en la Ribera Occidental del río Jordán y la Franja de Gaza desde 1967: véanse por ejemplo las resoluciones 607 y 608 (1988) del Consejo de Seguridad, y Tabari, Harv ILJ, 29 (1988), págs. 552 a 558”, Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, pág. 941, nota 4.

<sup>188</sup> En el artículo 49 del Cuarto Convenio de Ginebra se estipula lo siguiente:

“Los traslados en masa o individuales, de índole forzosa, así como las deportaciones de personas protegidas del territorio ocupado al territorio de la Potencia ocupante o al de cualquier otro país, ocupado o no, están prohibidos, sea cual fuere el motivo.

Sin embargo, la Potencia ocupante podrá efectuar la evacuación total o parcial de una determinada región ocupada, si así lo requieren la seguridad de la población o imperiosas razones militares. Las evacuaciones no podrán implicar el desplazamiento de personas protegidas más que en el interior del territorio ocupado, excepto en casos de imposibilidad material. La población así evacuada será devuelta a sus hogares tan pronto como hayan cesado las hostilidades en ese sector.

La Potencia ocupante deberá actuar, al efectuar tales traslados o evacuaciones, de modo que, en la medida de lo posible, las personas protegidas sean acogidas en instalaciones adecuadas, que los desplazamientos se lleven a cabo en satisfactorias condiciones de salubridad, de higiene, de seguridad y de alimentación, y que no se separe, unos de otros, a los miembros de una misma familia.

Se informará a la Potencia protectora acerca de los traslados y de las evacuaciones tan pronto como tengan lugar.

La Potencia ocupante no podrá retener a las personas protegidas en una región particularmente expuesta a los peligros de guerra, a no ser que la seguridad de la población o imperiosas razones militares así lo requieran.

La Potencia ocupante no podrá efectuar la evacuación o el traslado de una parte de la propia población civil al territorio por ella ocupado.”

<sup>189</sup> En el artículo 147 del Cuarto Convenio de Ginebra se estipula lo siguiente:

“Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, *la deportación o el traslado ilegal*, *la detención ilegal*, el hecho de forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarla de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio, la toma de rehenes, la destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario.” [Sin cursiva en el original].

en el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia<sup>190</sup> y en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional<sup>191</sup>.

99. Además, el artículo 85 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra sólo define como “infracciones graves” las deportaciones o los traslados que tengan lugar en el contexto de territorios ocupados<sup>192</sup>. Por ende, no parece que el derecho internacional humanitario convencional rijan explícitamente la expulsión de extranjeros por el Estado en tiempo de conflicto armado internacional. Por otra parte, un estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario publicado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) casi 50 años después de la aprobación del Cuarto Convenio de Ginebra sólo aborda las cuestiones del “traslado forzoso” y la “deportación” en relación con las acciones realizadas por una Potencia ocupante en un territorio ocupado<sup>193</sup>.

100. El Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra contiene disposiciones que rigen el trato de las personas civiles en tiempo de conflicto armado sin carácter internacional. En virtud del párrafo 2 de su artículo 17, el Protocolo II prohíbe la salida forzosa de las personas civiles de su propio territorio por razones relacionadas con el conflicto<sup>194</sup>. Sin embargo, esta disposición no se ocupa de la salida forzosa

<sup>190</sup> Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, que figura en la resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad, de 25 de mayo de 1993. En el artículo 2 se dispone lo siguiente: “El Tribunal Internacional tendrá competencia para enjuiciar a las personas que cometan u ordenen la comisión de violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, los siguientes actos contra las personas o los bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra aplicable: [...] g) Deportación, traslado o reclusión ilícitos de un civil”.

<sup>191</sup> Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Roma, 17 de julio de 1998, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2187, No. 38544, pág. 3. En el artículo 8 se dispone lo siguiente:

“1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.

2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por ‘crímenes de guerra’:

a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente: [...] vii) Someter a deportación, traslado o confinamiento ilegales; [...]

b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: [...] viii) El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio.”

<sup>192</sup> Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), Ginebra, 8 de junio de 1977, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1125, No. 17512, pág. 214 artículo 85 4): “[...] se considerarán infracciones graves del presente Protocolo los actos siguientes cuando se cometan intencionalmente y en violación de los Convenios o del Protocolo: a) el traslado por la Potencia ocupante de partes de su propia población civil al territorio que ocupa, o la deportación o el traslado en el interior o fuera del territorio ocupado de la totalidad o parte de la población de ese territorio, en violación del artículo 49 del Cuarto Convenio”.

<sup>193</sup> Véase la Norma 129 A del estudio del Comité Internacional de la Cruz Roja sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: “Las partes en un conflicto armado internacional no pueden deportar o trasladar a la fuerza a toda la población civil de un territorio ocupado, o a parte de ella, a no ser que lo exijan la seguridad de la población civil o razones militares imperiosas”. Jean-Marie Henckaerts y L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I – Rules, Cambridge, University Press, 2005, pág. 457.

<sup>194</sup> Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II),

de los extranjeros a raíz de su expulsión. Tal como se indica en el comentario al artículo 17 del Protocolo II preparado por el CICR, "... esta disposición no concierne a la legislación nacional en materia de extranjería"<sup>195</sup>.

101. La Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía abordó la cuestión del derecho aplicable a la expulsión de extranjeros en tiempo de conflicto armado. La Comisión reconoció las amplias facultades de un Estado beligerante para expulsar de su territorio a nacionales del Estado enemigo durante un conflicto. A la vez, reconoció que dichas expulsiones debían realizarse con arreglo al derecho internacional humanitario aplicable al trato de las personas protegidas.

102. En su laudo parcial respecto a las reclamaciones civiles de Eritrea, la Comisión señaló lo siguiente:

"El derecho internacional humanitario da a los Estados beligerantes amplias facultades para expulsar de su territorio a nacionales del Estado enemigo durante un conflicto ... La Comisión concluyó en dicho laudo que Etiopía había privado legalmente de su nacionalidad etíope a un número importante de personas con doble nacionalidad, tras su identificación por la comisión etíope de seguridad. Etiopía podía expulsar legalmente a esas personas en su calidad de nacionales de un Estado beligerante enemigo, aunque estaba obligada a asegurarles la protección dispuesta en el Cuarto Convenio de Ginebra y en otras disposiciones aplicables del derecho humanitario internacional. Se desestima la reclamación de Eritrea de que dicho grupo fue expulsado ilegalmente."<sup>196</sup>

103. Del mismo modo, en su laudo parcial respecto a las reclamaciones civiles de Etiopía, la Comisión señaló lo siguiente:

"Ninguna de las partes abordó específicamente el alcance de las facultades de los Estados beligerantes de conformidad con el derecho internacional humanitario de expulsar a los nacionales de Estados enemigos durante un conflicto armado internacional. [...] Eritrea negó que durante ese período hubieran sido expulsados etíopes a consecuencia de acciones o políticas oficiales, argumentando que los que se fueron lo hicieron por su propia voluntad. Por su parte, Etiopía hizo hincapié en las normas relativas a las expulsiones de extranjeros en tiempo de paz. [...]"

---

Ginebra, 8 de junio de 1977, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1125, No. 17513, pág. 642, artículo 17:

Prohibición de los desplazamientos forzados:

"1. No se podrá ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas. Si tal desplazamiento tuviera que efectuarse, se tomarán todas las medidas posibles para que la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación.

2. No se podrá forzar a las personas civiles a abandonar su propio territorio por razones relacionadas con el conflicto".

<sup>195</sup> Yves Sandoz, C. Swinarski y B. Zimmermann (eds.), *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, Plaza y Janés Editores, 1998 (ISBN: 958-14-0301-9), párr. 4868 (se omite la cita).

<sup>196</sup> *Partial Award, Civilians Claims, Eritrea's Claims 15, 16, 23 & 27-32*, Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, La Haya, 17 de diciembre de 2004, párrs. 81 y 82.



En su laudo parcial sobre las reclamaciones civiles de Eritrea, la Comisión aborda el derecho de un Estado beligerante con arreglo al *jus in bello* de expulsar a los nacionales de un Estado enemigo durante un conflicto armado internacional ... Sin embargo, todas las expulsiones de ese tipo deben realizarse en condiciones que se ajusten a normas humanitarias mínimas, según lo dispuesto en los artículos 35 y 36 del Cuarto Convenio de Ginebra.”<sup>197</sup>

104. A los efectos del presente documento, el examen de los laudos de la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía se circunscribe a la cuestión del derecho aplicable a la expulsión de extranjeros en tiempo de conflicto armado. En la parte X.H se abordan los laudos de la Comisión referentes a la legitimidad de la expulsión de extranjeros en tiempo de conflicto armado.

105. De lo anterior se deduce que puede haber normas de derecho internacional aplicables en tiempo de conflicto armado que sean pertinentes a efectos de determinar la legitimidad de la expulsión de extranjeros en una situación de ese tipo. Además, tal como ha reconocido la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, los principios generales del derecho internacional humanitario pueden aplicarse a la expulsión y la deportación de extranjeros enemigos<sup>198</sup>. Sin embargo, esas normas y principios quizá no engloben todos los aspectos de los requisitos sustantivos y procesales respecto de la expulsión de extranjeros en tiempo de conflicto armado. Por ende, la expulsión de un extranjero (incluso en tiempo de conflicto armado) puede de cualquier forma quedar sujeta a limitaciones sustantivas y procesales de conformidad con las normas del derecho internacional referentes a la expulsión de extranjeros, como por ejemplo limitaciones de los derechos humanos. Así lo ha reconocido la Corte Internacional de Justicia: “La protección que ofrecen los convenios y convenciones de derechos humanos no cesa en caso de conflicto armado, salvo en caso de que se apliquen disposiciones de suspensión como las que figuran en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”<sup>199</sup>.

106. Por consiguiente, conviene que la Comisión examine en qué medida debe abordarse la expulsión de extranjeros en tiempo de conflicto armado dentro del alcance de la presente cuestión. El criterio más amplio al respecto resultaría presumiblemente más complicado y tomaría más tiempo, ya que haría necesario un examen de las normas pertinentes del derecho internacional relativas a los conflictos armados. Ese criterio ofrecería una regulación más amplia de la expulsión de extranjeros en una situación particular, lo que reviste importancia práctica por la frecuencia con que ocurre. El criterio más limitado respecto de esta cuestión sería menos complicado y más rápido, al centrarse en las normas que rigen la expulsión de extranjeros en tiempo de paz.

## E. Expulsión colectiva y expulsión en masa

107. La quinta cuestión que se ha de examinar al determinar el alcance de la presente cuestión es si debe circunscribirse a la expulsión de extranjeros de forma individual o si se ha de ampliar para incluir la expulsión colectiva de un grupo de extranjeros *como tal* y la expulsión en masa de un gran número de extranjeros.

<sup>197</sup> *Partial Award, Civilians Claims, Ethiopia's Claim 5*, Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, La Haya, 17 de diciembre de 2004, párrs. 119 y nota 35 (texto de nota insertado en el párrafo citado después de la elipsis) y 121 y 122.

<sup>198</sup> Véase la parte X.H.

<sup>199</sup> *Legal Consequences of the Construction of the Wall in the Occupied Palestinian Territory* (opinión consultiva), *I.C.J. Reports* 2004, , pág. 41 de la opinión consultiva (párr. 106).

El criterio más limitado respecto de esta cuestión sería más rápido y menos complicado, al centrarse en el régimen jurídico particular que rige la expulsión de extranjeros de forma individual. El criterio más amplio daría lugar a un régimen más global para la expulsión de extranjeros, pero podría hacer necesario un examen aparte de la expulsión de extranjeros con arreglo a lo que podrían considerarse tres regímenes jurídicos diferentes que rigen la expulsión individual, la expulsión colectiva y la expulsión en masa. Los asuntos y los materiales pertinentes relativos a la expulsión colectiva y la expulsión en masa se tratan brevemente en la parte XII a fin de facilitar una decisión sobre este aspecto del alcance de la cuestión.

## F. Derecho de los tratados

108. La expulsión de un extranjero por un Estado debe ajustarse a las obligaciones pertinentes contraídas en virtud de tratados que sean vinculantes para ese Estado<sup>200</sup>. Existen numerosos tratados que pueden afectar en qué medida y en qué forma un Estado parte puede expulsar a un nacional de otro Estado parte en un tratado pertinente<sup>201</sup>.

“La facultad de un Estado de regular y controlar la circulación de personas a través de sus fronteras también se ve limitada por las obligaciones contraídas en virtud de tratados, ya sean éstos de carácter bilateral o multilateral. Los Estados han suscrito cientos de acuerdos internacionales

<sup>200</sup> “La facultad de expulsión es un derecho soberano, en el sentido de que asiste a cada Estado para su propia protección; sin embargo, es una facultad controlada y limitada, en particular por obligaciones contraídas en virtud de tratados ...” Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 310. “El derecho de expulsar o deportar ... ha de ejercerse con arreglo a ... los acuerdos internacionales aplicables, a escala mundial, regional o bilateral”. Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, pág. 89. “Las expulsiones arbitrarias ... en violación de ... un tratado ... han dado lugar a reclamaciones diplomáticas y a laudos de comisiones arbitrales”. Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, Nueva York, The Banks Law Publishing Co., 1915, pág. 57. “Un demandante que alega haber sido expulsado tiene la carga de probar la improcedencia de la medida tomada por el Estado que expulsa, es decir, que fue ... en violación de las obligaciones contraídas en virtud de tratados por el Estado que expulsa”. *Rankin v. The Islamic Republic of Iran*, nota 136 *supra*, pág. 142, párr. 22.

<sup>201</sup> “Hay numerosos casos de acuerdos en virtud de tratados entre Estados o grupos de Estados referentes a los derechos de sus nacionales en materia de entrada, circulación o residencia en los territorios de los Estados en cuestión, o que afectan a esos derechos. En los casos en que existan esos acuerdos, los derechos de las personas que son nacionales del Estado contratante parte en un tratado se regirán por las disposiciones del tratado pertinente ...”. Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, pág. 50. Véase *Ex parte Duke of Chateau Thierry* [1917], KB 922 (“deportación con arreglo a un convenio o convención para la deportación mutua de personas obligadas a cumplir el servicio militar”); Acuerdo de 29 de julio de 1933 entre el Gobierno del Reino Unido, el Gobierno de la India y el Gobierno de Francia relativo a las deportaciones de determinados territorios orientales británicos y franceses y Protocolos I, II y III, Sociedad de las Naciones, *Treaty Series*, vol. CXLII, pág. 166; Convención Panamericana sobre la Condición de los Extranjeros, de 20 de febrero de 1928, artículo 6 (Hudson, *Legislation*, vol. iv, pág. 2377); Tratado suscrito entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia sobre el traslado en tránsito de personas deportadas, 1965, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 572, pág. 175. (según Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. 1 – Peace (Partes 2 a 4), 1996, pág. 941, nota 6).

relativos a la circulación de personas a través de sus fronteras, a raíz de lo cual asuntos que inicialmente habían sido de su exclusiva competencia pasaron a estar regulados por las disposiciones de dichos tratados. Se ve así limitada la discreción del Estado, que queda obligado a actuar de conformidad con las disposiciones de los acuerdos en que es parte. Por lo general, el objetivo de esos tratados es liberalizar y facilitar la circulación de personas a través de las fronteras, y algunos de ellos prevén incluso una total libertad de circulación. Sin embargo, la aceptación por los Estados de esas limitaciones a su competencia va habitualmente acompañada de cláusulas de salvaguardia que les permiten tomar medidas extraordinarias para proteger intereses vitales que son motivo de especial preocupación para los Estados partes en esos tratados”<sup>202</sup>.

109. Desde mediados del siglo XVII, los Estados han suscrito un gran número de tratados bilaterales que rigen la circulación, el trato y la condición de sus nacionales, como tratados de amistad, tratados de amistad y comercio, tratados de comercio y navegación, tratados de comercio y establecimiento, y tratados consulares<sup>203</sup>.

“Como su nombre indica, los tratados de comercio y establecimiento tienen por objetivo facilitar la entrada, la residencia y las actividades comerciales de los nacionales en los territorios de los Estados partes. El vocablo ‘establecimiento’ no se circunscribe a la entrada, sino que es un término técnico aplicable a todas las disposiciones de un tratado comercial que afectan a las actividades de los

<sup>202</sup> Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington D.C., American Society of International Law, 1992, págs. 7 y 8.

<sup>203</sup> “Los principales ejemplos de práctica de los tratados referente a la circulación de personas figuran en los numerosos acuerdos bilaterales concertados bajo diferentes títulos, como ‘Tratado de Amistad’, ‘Tratado de Amistad y Comercio’, ‘Tratado de Comercio y Navegación’ o ‘Tratado Consular’. Esos tratados vienen suscribiéndose desde mediados del siglo XVII, tanto entre las principales potencias de la época como entre las grandes potencias y naciones más pequeñas, a fin de regular la circulación, la condición y el trato de sus nacionales. El número de dichos tratados de amistad ha registrado un gran aumento durante el siglo en curso, y especialmente después de la Segunda Guerra Mundial. Estos tratados suelen utilizar una terminología estándar respecto del trato que se ha de dar a los nacionales de los Estados partes, como ‘trato de nación más favorecida’ o ‘norma nacional de trato’. Algunos tratados enumeran también los derechos de los nacionales a la entrada, la residencia o el establecimiento en términos específicos, o emplean una redacción más restrictiva.” Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, pág. 51. “En multitud de instrumentos bilaterales, principalmente en tratados sobre residencia, amistad, comercio y navegación, etc., figuran disposiciones sobre la expulsión. Algunas de ellas se limitan a reconocer el derecho de los Estados contratantes a expulsar o hacer salir de alguna otra manera a los nacionales del otro Estado a quienes se juzga indeseables, a los que, por ejemplo, han violado las normas sobre residencia de extranjeros, o han aceptado empleo sin la debida autorización. Muchos instrumentos que reconocen el derecho de expulsión, lo hacen estableciendo una excepción al principio de igualdad de trato para los nacionales del otro Estado y los del Estado de residencia. Otras disposiciones aseguran la readmisión de las personas expulsadas por su Estado de origen. Algunos instrumentos limitan el derecho de expulsión a casos especialmente graves y estipulan que se debe informar lo antes posible a los Estados de origen de las personas que han de ser expulsadas acerca de las razones y circunstancias de la expulsión. Sin embargo, debe observarse que las disposiciones que limitan el derecho de expulsión, aunque en ocasiones se aplican a otros países debido a la existencia de la cláusula de nación más favorecida, pocas veces se hallan en los instrumentos con fuerza obligatoria para los países de emigración e inmigración más importantes”. Naciones Unidas, “Estudio sobre la expulsión de inmigrantes”, Secretaría, 10 de agosto de 1955 (ST/SOA.22 y Corr.2) (sustituye a Corr.1), párr. 107 (se omite la cita).

extranjeros. Por lo general, en el tratado se procura establecer normas de trato cuyo objetivo general es la no discriminación con respecto a los nacionales y las compañías de los Estados partes en él, y esas normas pueden expresarse en términos de trato de nación más favorecida, trato nacional o trato con arreglo a la norma de derecho internacional. Por regla general, las disposiciones de tratados de esa naturaleza no han de interpretarse de modo que afecten a las leyes vigentes en materia de entrada y residencia, ni a la facultad de promulgar reglamentaciones en el futuro. Además, los derechos consagrados se ven limitados por la referencia a los objetivos de dichos tratados, a saber, el fomento del comercio y la inversión bilaterales. Por lo tanto, se da por sentado que se mantiene la facultad de expulsión, aunque los objetivos y propósitos del tratado en cuestión marcan los límites de la discreción del Estado. La facultad de expulsión no puede utilizarse en una forma que frustre dichos objetivos y propósitos, y desde esa perspectiva debe considerarse la reserva común a los tratados de establecimiento, que permite a cualquiera de las partes aplicar medidas necesarias para mantener el orden público. El hecho de que el extranjero procedente de un país con el cual se ha concertado un tratado siga siendo susceptible de expulsión suele estar contrarrestado por las disposiciones que le garantizan el trato nacional y de nación más favorecida en lo que respecta al acceso a los tribunales y la protección y el amparo contra el acoso ilegal, que en ningún caso será inferior a lo prescrito en el derecho internacional. Hoy en día, los derechos de acceso a los tribunales y a la aplicación equitativa de la justicia están firmemente establecidos en el derecho internacional general, mientras que anteriormente solían derivarse de las disposiciones de los tratados bilaterales. Estos principios generales se ven reforzados por la norma según la cual un Estado no podrá aducir deficiencias en su propio derecho para eludir sus obligaciones, ya sea en forma general, de conformidad con el derecho internacional consuetudinario, o específicamente, en virtud de un tratado.”<sup>204</sup>

110. En el siglo XIX y a principios del XX, los tratados bilaterales servían de base para las reclamaciones por expulsión ilegítima dictada en desmedro de los derechos garantizados a los extranjeros que eran nacionales de un Estado parte<sup>205</sup>. Esos primeros casos relacionados con los derechos de los extranjeros que eran objeto de

<sup>204</sup> Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, págs. 292 y 293 (se omite la cita).

<sup>205</sup> Al examinar dichas reclamaciones, los tribunales nacionales han sido por lo general renuentes a interpretar que dichos tratados afectaban el derecho de expulsión. Véase, por ejemplo, *Hearn v. Consejo de Gobierno*, Tribunal de Casación de Costa Rica, 17 de septiembre de 1962, *International Law Reports*, volumen 32, E. Lauterpacht (ed.), págs. 257 a 260, en especial pág. 259: “Tampoco la Convención [sobre el estatuto de los extranjeros, firmada en la sexta Conferencia Internacional Americana en la ciudad de La Habana (Cuba) en el año 1928], contradice las disposiciones sobre la expulsión de extranjeros, ya que el derecho a no expulsar a una persona, aun si se trata de alguien indeseable, o de poner condiciones a su expulsión, según se define en el artículo 2 de la citada Ley de 1894, es un derecho soberano de cada Estado”; *Pieters v. Belgian State (Minister of Justice)*, Consejo de Estado, 30 de septiembre de 1953, *International Law Reports*, 1953, H. Lauterpacht (ed.) págs. 338 y 339, en especial pág. 338: “Por un lado, el Tratado establecía el trato ‘nacional’ en cuestiones impositivas y, por el otro, sólo preveía la expulsión en tres casos, a saber, personas peligrosas para la moral pública, para la salud pública y para la seguridad pública. ... Sin embargo, en virtud de la cláusula 1 del párrafo 1 del artículo 1 del Tratado, los nacionales de las Altas Partes Contratantes disfrutaban de los beneficios de aquél a condición exclusiva de que cumplan la ley y las reglamentaciones locales”; *Perregaux*, Consejo de Estado, 13 de mayo de 1977, *International Law Reports*, volumen 74, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 427 a 430. Véase, contra, *In re Watenberg*, Consejo de Estado, 13 de diciembre de 1937, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1938 a 1940, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 137, págs. 384 a 386.

expulsión han contribuido al reconocimiento de requisitos sustantivos y procesales para la expulsión de extranjeros en general. Las reglas y normas pertinentes de los tratados relacionadas con la expulsión de extranjeros quizás reflejen, en cierta medida, el derecho internacional general<sup>206</sup>.

“La presunta vulneración de derechos derivados de tratados ha dado lugar a diversas reclamaciones diplomáticas por expulsión. Es así que la comisión interna de 3 de marzo de 1849 encargada de las reclamaciones contra México dictó numerosos laudos, basándose en pruebas de que los reclamantes fueron expulsados de México durante el período de la guerra mexicana en violación de lo dispuesto en el artículo 26 del tratado de 5 de abril de 1831, según el cual, en caso de guerra ‘se dará un plazo de seis meses a los comerciantes que residan en las costas y de un año a los que residan en el interior del Estado ... para arreglar sus negocios, disponer de sus bienes ...’ etc. En el caso de los que no habían hecho nada que les hiciera perder su inmunidad contra la expulsión, su salida forzosa antes del vencimiento de los seis meses o el año, respectivamente, constituía claramente una violación del tratado. La estipulación en un tratado de que los ciudadanos de los Estados Unidos tienen el derecho de residir y realizar actividades comerciales, o cuentan con la protección de la ley, ha reforzado los argumentos de los secretarios de Estado en sus protestas contra la expulsión arbitraria y sumaria de ciudadanos estadounidenses sin notificación de los cargos ni la oportunidad de refutarlos, y sin ninguna forma de audiencia o juicio”<sup>207</sup>.

111. Los tratados bilaterales pueden contener disposiciones en que los Estados parte se reserven explícitamente el derecho a expulsar a extranjeros<sup>208</sup>. Sin embargo, la renuncia al derecho de expulsión no está implícita en la aprobación de dichos tratados, aun en ausencia de una disposición explícita por la cual se reserve el derecho a expulsar a extranjeros<sup>209</sup>.

<sup>206</sup> “Las reglas y normas propuestas se ven también reforzadas por las disposiciones de los tratados. Éstos no sólo reflejan los controles sobre la discreción que impone el derecho internacional general, sino que pretenden también definir dichos controles con mayor precisión teniendo en cuenta los objetivos y propósitos expresos del tratado en cuestión”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 309.

<sup>207</sup> Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, Nueva York, The Banks Law Publishing Co., 1915, pág. 58 (en referencia a causas mencionadas en Moore's Arb. 3334 *et seq.*).

<sup>208</sup> “En algunos casos, en los tratados se reserva expresamente el derecho de expulsión”. *Ibid.*, pág. 49, nota 2 (en referencia al Tratado entre los Estados Unidos y España, 3 de julio de 1902, artículo 2, Malloy, II, 1702). “El artículo 1 del Tratado de Establecimiento entre Egipto y Turquía de 1937 [7 de abril de 1937, Sociedad de las Naciones, *Treaty Series*, vol. 191, pág. 95] dispone: ‘Los nacionales de ambas Altas Partes Contratantes podrán, siempre que cumplan con las leyes y reglamentos del país, entrar libremente, viajar, residir y establecerse en el territorio de la otra Parte, salvo en localidades o zonas prohibidas, o podrán abandonarlo en cualquier momento, sin quedar sujetos a restricciones de ningún tipo salvo aquéllas a las que estén sujetos, o puedan estar sujetos, los nacionales de ese país. Cada una de las Altas Partes Contratantes se reserva el derecho de prohibir, por orden judicial o de conformidad con las leyes y reglamentos en materia de moral pública, salud pública o pauperismo, o por razones que afecten a la seguridad externa o interna del Estado, que nacionales de la otra Parte residan o se establezcan en su territorio, y a expulsarlos por dichas razones’. Muchos otros acuerdos contienen cláusulas similares”. Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, pág. 10.

<sup>209</sup> “El derecho de expulsión tampoco se ve limitado por tratados que garantizan a los ciudadanos de las partes contratantes el derecho de residencia y de viaje, de comercio u otros derechos”.

112. Existen también tratados regionales que contienen disposiciones especiales relativas a la libertad de circulación de los nacionales de los Estados parte<sup>210</sup>. Esos tratados regionales pueden limitar la capacidad de un Estado parte de expulsar a extranjeros que son nacionales de otro Estado parte por aplicación del derecho de los tratados<sup>211</sup>.

---

Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, Nueva York, The Banks Law Publishing Co., 1915, pág. 49. “Se considera que el derecho de un Estado a expulsar a su arbitrio a los extranjeros cuya presencia se estima indeseable es, al igual que el derecho a denegar el ingreso de extranjeros, un atributo de la soberanía del Estado, que no está limitada ni siquiera por los tratados que garantizan el derecho de residencia a los nacionales de los demás Estados contratantes (*Fong Yue Ting v. U.S.*, 149, U.S. 698 (1892))”. Shigeru Oda, “Legal Status of Aliens”, en Max Sørensen (dir.), *Manual of Public International Law*, Nueva York, St. Martin’s Press, 1968, págs. 481 a 495, en especial pág. 482. “Los tratados de comercio y navegación suelen disponer que los nacionales de las altas partes contratantes respectivas tendrán libertad para entrar, viajar y residir en los territorios de la otra ... Sin embargo, dichas disposiciones de los tratados no prohíben a las partes contratantes dictar o hacer cumplir leyes relativas a la inmigración. De las disposiciones de carácter general de los tratados no se puede inferir una renuncia al derecho de excluir o deportar a extranjeros”. Green Haywood Hackworth, *Digest of International Law*, vol. III, capítulos IX a XI, Washington, Government Printing Office, 1942, pág. 718. “Los tratados y declaraciones por los cuales un gobierno estipula para sus ciudadanos un derecho de estancia, de adquirir bienes inmuebles, de desempeñar un oficio en territorio extranjero, no deben interpretarse en el sentido de que suponen una renuncia de parte de la otra potencia contratante a su derecho de expulsar a extranjeros cuya conducta así lo haga deseable”. P. Pradier-Fodéré, *Traité de droit int. pub.*, Paris, 1887, III. § 1857 (según Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, Nueva York, The Banks Law Publishing Co., 1915, pág. 49, nota 2). “El examen de las causas dirimidas por cortes y tribunales internacionales muestra que la exclusión o expulsión de extranjeros por un Estado tiene su fundamento jurídico en el derecho y el deber del Estado de salvaguardar el bienestar y la seguridad de la nación ... La importancia del derecho de excluir o expulsar a extranjeros por razones de bienestar o seguridad públicos radica en el hecho de que no puede inferirse que se haya renunciado implícitamente a él por un convenio general entre dos países que dispone que los ciudadanos de cada uno de ellos tienen la libertad de viajar o residir en el territorio del otro”. Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1987, págs. 32 y 33.

<sup>210</sup> Véase Richard Plender, *International Migration Law*, 2ª ed. Rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pág. 273. “Puede ser que la limitación más eficaz a la facultad discrecional de expulsión se logre por medio de una organización regional basada en un tratado, como la Comunidad Económica Europea. Es así que, en materia de entrada y expulsión, la cuestión principal es la del desarrollo del derecho comunitario, de la misma manera en que, con arreglo al Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, lo importante es el concepto de ‘orden público’ europeo. Se ha sugerido también que la medida de la expulsión puede ser incompatible con la idea de forjar una comunidad política, económica y jurídica. La expulsión es esencialmente una medida de autodefensa, que se ha de aplicar en interés de la comunidad en su conjunto. En muchos casos el derecho local bastará para hacer frente a las infracciones penales, y es debatible en qué medida se justifica también la disposición discriminatoria de la expulsión”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, págs. 309 y 310.

<sup>211</sup> Véase, por ejemplo, la Convención de aplicación de los artículos 55 y 56 del Tratado por el que se establece la Unión Económica del Benelux, Bruselas, 19 de septiembre de 1960, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 480, No. 5471, pág. 432, en especial págs. 433 y 434, que restringe los motivos posibles de expulsión y establece garantías procesales. El artículo 4 de la Convención dispone: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 5, los nacionales de cualquier Parte Contratante que estén o hayan sido autorizados a establecerse en el territorio de otra Parte Contratante sólo podrán ser expulsados si constituyen una amenaza para el orden público o a la seguridad nacional. A los efectos de este artículo, no se considerará que el mero hecho de carecer de medios de sustento constituya una amenaza para el orden público”; el artículo 5 dice: “Los nacionales de cualquier Parte Contratante que hayan estado radicados durante tres años en

“La calidad de miembro de una organización como la Comunidad Económica Europea, que lleva aparejada importantes niveles de integración en las esferas social, económica y jurídica, incluidos muy amplios derechos de entrada y residencia en el territorio de un Estado miembro para los nacionales de los otros, puede suponer una restricción de largo alcance al derecho de un Estado de expulsar a extranjeros.”<sup>212</sup>

113. Las disposiciones que regulan la expulsión de extranjeros que son nacionales de un Estado parte en el contexto de tratados regionales como los relativos a la Comunidad Europea forman parte de un régimen jurídico especial (*lex specialis*), y no del derecho internacional general<sup>213</sup>. No obstante, algunas de esas disposiciones pueden corresponder a normas del derecho internacional general o contribuir al desarrollo de éste. Por otra parte, la práctica de una comunidad basada en un tratado y sus Estados miembros respecto de la expulsión de extranjeros que no son nacionales de un Estado parte se regiría por el derecho internacional general y, por lo tanto, sería ciertamente pertinente para el examen de la presente cuestión<sup>214</sup>.

---

el territorio de otra Parte Contratante sólo podrán ser expulsados si constituyen una amenaza para la seguridad nacional o si, habiendo recibido sentencia firme por un delito o crimen particularmente grave, constituyen una amenaza para la comunidad en ese país”; y el artículo 7 estipula: “Los nacionales de cualquier Parte Contratante que hayan sido autorizados a establecerse en el territorio de otra Parte Contratante sólo podrán ser expulsados previa notificación del Ministro de Justicia del país de residencia por una autoridad competente de ese país, antes de lo cual las personas afectadas podrán valerse de sus medios de defensa y hacerse representar o asistir por el abogado de su elección. Además, la notificación de la orden de expulsión se dirigirá directamente, antes de su ejecución, a las autoridades competentes de la Parte Contratante de la que es nacional la persona afectada. En la notificación se indicarán los motivos de la expulsión”.

<sup>212</sup> Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim's International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, pág. 942. “El derecho de un Estado de expulsar a extranjeros también puede verse directa o indirectamente limitado por un tratado. Así, el artículo 3 del Convenio Europeo de Establecimiento, de 1955, dispone que los nacionales de una parte contratante que residen legalmente en el territorio de otra parte sólo podrán ser expulsados si ponen en peligro la seguridad nacional o atentan contra el orden público o la moral; y, salvo que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional, el nacional que haya residido legalmente en el territorio durante más de dos años no podrá ser expulsado sin antes haberse permitido presentar razones contra su expulsión e interponer un recurso ante la autoridad competente”. *Ibid.*, págs. 941 y 942 (se omite la cita).

<sup>213</sup> “El derecho de la Comunidad Económica Europea constituye un orden jurídico especial para la integración que se diferencia del derecho internacional público tradicional”. Rainer Arnold, “Aliens”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 102 a 107, en especial pág. 105.

<sup>214</sup> Véase al respecto la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, *Diario Oficial L 16*, págs. 44 a 53, artículo 12 (protección contra la expulsión); 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, así como la resolución del Consejo de 4 de marzo de 1996 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países que son residentes de larga duración en el territorio de los Estados miembros, *Diario Oficial C 80*, 18 de marzo de 1996, págs. 2 a 4, artículo VI. Respecto del Benelux, véase el Convenio relativo a la transferencia del control de las personas a las fronteras exteriores del territorio del Benelux, Bruselas, 11 de abril de 1960, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 374, No. 5323, pág. 16, cuyo artículo 10 regula la expulsión de extranjeros “indeseables”, mientras que el artículo 11 trata de la deportación de extranjeros como consecuencia de su entrada ilegal en un país del Benelux y su circulación ilegal dentro de él.

114. Las leyes internas de los Estados también pueden contener disposiciones por las cuales quedan exentos de expulsión los nacionales de Estados miembros de una organización regional o internacional de otra índole<sup>215</sup>.

## G. Legislación y práctica nacionales

115. La legislación y la práctica nacionales desempeñan un papel directo en la regulación de la circulación internacional de personas, incluida la entrada, la presencia, el trato y la expulsión de extranjeros. La presencia de extranjeros en el territorio de un Estado puede suscitar controversia a causa de las repercusiones económicas, sociales, étnicas, religiosas o políticas que lleva aparejadas.

“Pocas cuestiones suscitan una polémica tan encendida y encontrada como la presencia de extranjeros en el territorio del Estado. Las condiciones de su entrada, si es que ésta se ha de permitir, el trato dado a las personas admitidas y las circunstancias en las que se permite su expulsión son asuntos que habitualmente se circunscriben, sin mayor indagación, al ámbito de las facultades soberanas del Estado.”<sup>216</sup>

116. En algunas ocasiones se ha argumentado que los asuntos relacionados con la inmigración, incluidas la entrada y la expulsión de extranjeros, corresponden al ámbito de la jurisdicción interna de un Estado<sup>217</sup>.

“Las cuestiones de inmigración, de la entrada y la expulsión de extranjeros, se ajustan fácilmente a las concepciones tradicionales de jurisdicción interna. Sigue siendo común la opinión de que la decisión respecto a dichos asuntos corresponde solamente al Estado en cuestión, ‘en la plenitud de su soberanía’. De igual forma, durante mucho tiempo se argumentó que la única norma del derecho internacional relativa a la nacionalidad era la de que la determinación de la nacionalidad no tenía nada que ver con el derecho internacional. Sin embargo, esa misma afirmación contiene una referencia implícita al derecho internacional y hoy en día se acepta que la discreción del

<sup>215</sup> Por ejemplo, el Reino Unido exime de expulsión a determinados funcionarios y miembros del personal del Commonwealth y del Gobierno irlandés (Reino Unido, Orden de 1972, artículos 4 e) y f)).

<sup>216</sup> Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. v. “El artículo 21 tiene por objeto reservar a la Corona, sin perjuicio de las facultades conferidas a la Junta con arreglo a la Ley, el derecho, similar al derecho de prerrogativa que existía en el *common law*, de determinar si la presencia continua en el Canadá de un extranjero sujeto a orden de deportación no sería perjudicial para el bien común”. *Prata v. Minister of Manpower and Immigration*, Tribunal Supremo, 28 de enero de 1975, *International Law Reports*, volumen 69, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 210 a 215, en especial pág. 213.

<sup>217</sup> Véase, en general, Robert Y. Jennings, “General Course on Principles of International Law”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, vol. II, tomo 121, Leiden, A. W. Sijthoff, 1967, págs. 321 a 605, en especial pág. 498. “En respuesta a la petición del Secretario de Relaciones Exteriores británico, de 27 de septiembre de 1972, de que la Asamblea General exigiera a Amin que revisase su orden de expulsión de Uganda de personas de origen asiático que no eran ciudadanas, la Misión de Uganda ante las Naciones Unidas emitió una declaración de política el 28 de septiembre de 1972 y el Embajador de Uganda habló ante la Asamblea General el 6 de octubre de 1972. Finalmente las Naciones Unidas, a través de un comité especial, decidieron que el asunto era una cuestión interna de Uganda y no adoptaron medida alguna”. (Se omite la cita). John L. III Bonee, “Caesar Augustus and the Flight of the Asians: the International Legal Implications of the Asian Expulsion from Uganda during 1972”, *International Lawyer*, vol. 8, No. 1, 1974, págs. 136 a 159, en especial pág. 144.



Estado, o su libertad de decisión, está sujeta a determinadas restricciones en el ámbito de la nacionalidad. Es bien sabido que en la causa de los *Decretos de Nacionalidad de Túnez y Marruecos*, la Corte Permanente de Justicia Internacional describió la delimitación de la jurisdicción interna como una cuestión esencialmente relativa, que dependía del desarrollo de las relaciones internacionales ... Cuando los actos aparentemente unilaterales se oponen a otros Estados, y a los derechos de otros Estados, la cuestión pasa a formar parte de la esfera internacional ... La determinación de en qué medida los temas del presente estudio, la entrada y la expulsión, pueden también incidir sobre los derechos de otros Estados es un asunto que debe debatirse ... Las cuestiones derivadas del ejercicio de las facultades de exclusión y expulsión se ven afectadas comúnmente por asuntos como la nacionalidad y los derechos humanos fundamentales. Por ese motivo, toda presunción según la cual dichas facultades corresponden totalmente al dominio reservado debe ser objeto de un minucioso estudio.”<sup>218</sup>

117. La amplia competencia de un Estado con respecto a la presencia de extranjeros en su territorio se ve sin embargo limitada por el derecho internacional.

“Si bien no cabe duda de que los Estados poseen una competencia amplia respecto a los nacionales extranjeros en términos generales, la tesis central de esta obra es que dicha competencia se ve claramente limitada y restringida por las reglas y normas del derecho internacional, tanto las vigentes como las nuevas que vayan surgiendo. A veces puede ocurrir que dichas limitaciones operen solamente en los márgenes de una facultad aparentemente ilimitada, como suele suceder cuando se ordena la expulsión de un extranjero considerado un riesgo para la seguridad nacional. Pero esos casos son excepcionales, y es más común que existan reglas que limitan el ámbito de la facultad en cuestión y establecen la forma en que se ejerce. Esas reglas tienen su origen en tratados, en la práctica de los Estados y en los principios generales de la ley.”<sup>219</sup>

118. La legislación y la práctica nacionales pueden revestir particular importancia para el examen del tema que aquí se trata. En la práctica, las autoridades nacionales deben ocuparse a menudo de cuestiones relativas a la expulsión de extranjeros. Por ende, dichas cuestiones suelen tratarse más detalladamente en las leyes nacionales pertinentes que en los instrumentos internacionales. La legislación y la práctica

<sup>218</sup> Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, págs. 51, 52 y 57 (en referencia al caso *Ben Tillet*: 6 B.D.I.L. 124 a 150, en especial pág. 147) (se omiten otras citas). “De igual forma, al afirmar que el principio de nacionalidad efectiva es un principio general del derecho internacional y, como tal, constituye una limitación sobre la discreción de los Estados, la Corte Internacional de Justicia ha declarado que ‘un Estado no puede exigir que las normas que ha ... establecido deban ser reconocidas por otro Estado a menos que haya actuado de conformidad con el objetivo general de hacer concordar el vínculo jurídico de la nacionalidad con la conexión genuina de la persona con el Estado que asume la defensa de sus ciudadanos mediante la protección contra otros Estados’”. Goodwin-Gill, *ibíd.*, pág. 52 (en referencia a la *Causa Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)*, ICJ Pleadings, vol. I, 1955, pág. 4 y ss., en especial pág. 23). Véase también Naciones Unidas, “Estudio sobre la expulsión de inmigrantes”, Secretaría, 10 de agosto de 1955, págs. 1 a 77 (ST/SOA.22 y Corr.2 (sustituye a Corr.1)), párr. 102. Véase asimismo *Expulsions from Zambia: British Practice in International Law*, 1966, pág. III: *ibíd.*, 1967, págs. 112 y 113; e Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (2ª. ed., 1973), págs. 284 y 285 (según Goodwin-Gill).

<sup>219</sup> Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. v.

nacionales regulan en qué medida y de qué forma puede un Estado ejercer su derecho a expulsar extranjeros<sup>220</sup>. Las leyes nacionales que rigen la expulsión de extranjeros pueden figurar en una ley general única o estar dispersas en diversas leyes y reglamentaciones nacionales así como, en algunos casos, en la Constitución de un Estado.

“... los Estados tienen la facultad de regular la circulación de las personas a través de sus fronteras, adoptando las leyes y reglamentaciones correspondientes relativas a asuntos como pasaportes, admisión, expulsión y estatuto de extranjeros e inmigración. Esas normas pueden encontrarse dispersas en distintos instrumentos o pueden constituir un sistema coherente que regula todos los aspectos relativos a la circulación de personas a través de las fronteras. Algunas normas, como las relativas al derecho a abandonar el propio país o al derecho de asilo, pueden encontrarse en la Constitución de un Estado”<sup>221</sup>.

119. La legislación y la práctica nacionales pueden ser importantes para el examen del presente tema en la medida en que pueden reflejar normas del derecho internacional consuetudinario o contribuir a su desarrollo<sup>222</sup>. Sin embargo, quizás convenga adoptar una actitud prudente en el examen de la *opinio juris* en este asunto, teniendo en cuenta la amplia discreción que ejercen los Estados respecto de la expulsión de extranjeros, y las importantes diferencias en las leyes nacionales pertinentes<sup>223</sup>.

<sup>220</sup> “Por último, las leyes internas de numerosos Estados imponen limitaciones al ejercicio por parte de las autoridades estatales competentes del derecho de expulsar extranjeros”. Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, pág. 943. “Se acepta internacionalmente que un Estado soberano tiene el derecho a denegar la entrada al país de un extranjero, imponer condiciones a su entrada o estancia, y expulsar y deportar según su propia discreción, incluso a un extranjero amigo, en especial si se considera que su presencia es perjudicial para la paz, el orden y el buen gobierno, o para su interés social y material. Véase *Attorney General of Canada v. Cain*, [1906] A.C. 542. En *Kyi Chung York v. The Controller of Immigration*, (1951) B.L.R. (S.C.) 197, este Tribunal ha observado que el principio citado, seguido por la comunidad de naciones, aparece consagrado en el artículo 3 de la Ley de extranjería, que dispone la expulsión de un extranjero por orden del Presidente”. *Karam Singh v. Controller of Immigration*, Birmania, Tribunal Supremo, 25 de junio de 1956, *International Law Reports*, volumen 28, E. Lauterpacht, (ed.), págs. 311 a 313.

<sup>221</sup> Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, págs. 9 y 10. “En Gran Bretaña, la Corona ha tenido la prerrogativa real de expulsar a extranjeros y enviarlos de vuelta a su país toda vez que considerara que su presencia en Gran Bretaña era perjudicial para el bien público. Al menos desde 1953, esta prerrogativa ha sido sustituida por una ley parlamentaria ... En consecuencia, la facultad del Estado de deportar, pertinente en el caso que aquí se trata, sólo puede derivarse de las disposiciones de la Ley”. *Mohamed and Another v. President of the Republic of South Africa and Others*, Tribunal Constitucional, 28 de mayo de 2001, *International Law Reports*, volumen 127, E. Lauterpacht (ed.), C.J. Greenwood, A.G. Oppenheimer, págs. 469 a 500, en especial pág. 482 (se omite la cita).

<sup>222</sup> “La facultad de expulsión es un derecho soberano, en el sentido de que asiste a cada Estado para su propia protección; sin embargo, es una facultad controlada y limitada, en particular por obligaciones contraídas en virtud de tratados y, en general, por las obligaciones impuestas por el derecho consuetudinario internacional.” Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 310.

<sup>223</sup> “La concordancia del ordenamiento jurídico interno no significa que se esté creando derecho consuetudinario internacional; igualmente necesario es un consenso universal de la opinión de los Estados. Es un error intentar establecer normas de derecho internacional con métodos del derecho comparado, o incluso declarar que las normas del ordenamiento jurídico interno de diferentes Estados que muestran un cierto grado de uniformidad son normas del derecho internacional”. Paul Weis, *Nationality and Statelessness in International Law*, Londres, 1956,

“En las disposiciones de determinados ordenamientos jurídicos internos pueden verse posibles limitaciones a la facultad de expulsión ... Sin embargo, no es nuestra intención proponer sin más como normas del derecho consuetudinario internacional aquéllas que comúnmente figuran como normas del derecho interno. De hecho, puede ser que debido al alto grado de discreción que los ordenamientos internos conceden a sus autoridades ejecutivas respectivas generalmente no sea posible presumir *opinio juris* sobre la base de la práctica efectiva. Sin embargo, no cabe duda de la influencia que han tenido las normas del derecho internacional sobre la forma en que se ejerce esa facultad y sobre el desarrollo del principio de que las decisiones en dichos asuntos han de ‘ajustarse a la ley.’”<sup>224</sup>

120. Por otra parte, un examen de la legislación y la práctica nacionales pertinentes de Estados que representan diferentes sistemas jurídicos y distintas regiones del mundo puede contribuir a la determinación de principios generales que regulen la expulsión de extranjeros por un Estado<sup>225</sup>.

#### IV. Términos empleados

121. Hay diversos términos cuya comprensión es importante para el examen del tema. Esos términos se emplean en diversas fuentes, incluidos los tratados, otros documentos internacionales, la legislación<sup>226</sup> y la jurisprudencia nacionales y la

---

pág. 98 (según Ian Brownlie, “The Relations of Nationality in Public International Law”, *British Year Book of International Law*, vol. 39, 1963, págs. 284 a 364, en especial pág. 312. “Esta declaración de principios es irrefutable, en el sentido de que su negación daría lugar a una proposición obviamente demasiado dogmática. Sin embargo, en lo sustancial se considera que Weis subestima la importancia de la legislación como prueba de la opinión de los Estados, particularmente en vista de que es imposible que la correspondencia diplomática de cada Estado abarque todas las esferas del derecho y de que, aun en los casos en que las cuestiones han sido parte del programa diplomático, es posible que la correspondencia aún no se haya publicado ... En primer lugar, resulta extraño que el análisis revele un alto grado de escepticismo respecto del valor de la legislación sobre la nacionalidad como prueba de la costumbre internacional, cuando numerosos escritores suelen afirmar la existencia de normas sustentadas en una práctica mucho menos coherente y uniforme que muchas de las normas examinadas anteriormente. En segundo lugar, la falta de uniformidad que se constata en las leyes sobre la nacionalidad no se explica por la ausencia de *opinio juris*, sino por referencia al hecho de que en todos los casos el ordenamiento jurídico interno hace la atribución de la nacionalidad en primer lugar, así como a las numerosas permutaciones y por ende posibles puntos de conflicto en la legislación sobre un asunto tan volátil y complejo. No hay prueba de que haya una ausencia de *opinio juris* ...” Brownlie, *ibíd.*, págs. 312 y 313 (en sus observaciones sobre la declaración precedente de Weis en el contexto de la ley de nacionalidad). (Se omiten las citas).

<sup>224</sup> Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 237 (se omiten las citas). “Los ordenamientos jurídicos nacionales, no obstante, suelen restringir la legalidad de las expulsiones, pero esas restricciones no se basan en obligaciones de carácter internacional”. Karl Doehring, “Aliens, Expulsion and Deportation”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 109 a 112, en especial pág. 111.

<sup>225</sup> “En el ordenamiento jurídico interno se hace habitualmente hincapié en el control de la discreción y en los límites permisibles de su ejercicio, lo que, en cierta medida, puede contribuir a la determinación de un principio general”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, págs. 308 y 309.

<sup>226</sup> Las diferencias en la terminología empleada en la legislación nacional de los Estados que se examina en el presente documento puede deberse, en alguna medida, a la traducción de los términos pertinentes de los diversos idiomas oficiales de las leyes originales.

doctrina. La pertinencia de algunos de los términos que se examinan *infra* depende de la determinación del ámbito del tema.

## A. Términos relacionados con los extranjeros

### 1. Extranjero

122. El término “extranjero” se refiere, en general, a una persona natural<sup>227</sup> que no es nacional del Estado de que se trate. En consecuencia, el principal criterio para determinar el estatuto de extranjería de una persona natural es la nacionalidad<sup>228</sup>. El término “extranjero” puede abarcar tanto nacionales extranjeros como apátridas<sup>229</sup>.

123. Ya en 1892, el Instituto de Derecho Internacional definió el término “extranjeros” basado en “un derecho actual de nacionalidad”, con prescindencia de la duración de su permanencia o de si la entrada inicial hubiera sido o no voluntaria, a saber:

“Son extranjeros, en el sentido del presente Reglamento todos los que no tienen un derecho actual de nacionalidad en el Estado, sin distinguir si son solamente visitantes o residentes domiciliados en él ni tampoco si son refugiados o si han entrado al país por su propia volición.”<sup>230</sup>

124. En 1985 la Asamblea General aprobó la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven. La Declaración define también el término “extranjero” sustentada en el criterio de la nacionalidad. Esa definición aparentemente incluiría a los apátridas, aunque no se los menciona concretamente.

“Para los fines de la presente Declaración, el término ‘extranjero’ se aplicará, teniendo debidamente en cuenta las especificaciones que figuran en los artículos siguientes, a toda persona que no sea nacional del Estado en el cual se encuentre.”<sup>231</sup>

<sup>227</sup> “*Stricto sensu*, una sociedad mercantil extranjera no es un extranjero”. Rainer Arnold, “Aliens”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 102 a 107, en especial pág. 102.

<sup>228</sup> “Para caracterizar a una persona, expresa o implícitamente como extranjero, el criterio general parece ser el de la nacionalidad de la persona”. *Ibid.*, pág. 102. “Son extranjeros respecto de un Estado los que no son ciudadanos o nacionales de ese Estado”. Principios relativos a la admisión y trato de los extranjeros (aprobados por el Comité Consultivo Jurídico Asiático-Africano en su cuarta reunión), artículo 1, reproducido en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1961, vol. II, pág. 91.

<sup>229</sup> “Se entiende por extranjero una persona que no posee la nacionalidad del Estado de acogida, o de residencia, y que sigue unida por un vínculo de nacionalidad al Estado del cual es nacional (el Estado de origen) o que no posee nacionalidad alguna, encontrándose por ello en situación de apátrida”. Maurice Kamto, Relator Especial, Informe preliminar sobre la expulsión de los extranjeros, Comisión de Derecho Internacional, A/CN.4/554, párr. 7. “A fin de definir el término ‘extranjero’ los ordenamientos jurídicos internos deben conformarse a las directivas restrictivas del derecho internacional. Conforme a esa normativa, también se debe considerar extranjeros a los apátridas”. Rainer Arnold, nota 227 *supra*, pág. 102.

<sup>230</sup> *Règles internationales*, nota 56 *supra*, artículo 1 [original en francés].

<sup>231</sup> Resolución 40/144, Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, de 13 de diciembre de 1985, artículo 1. Véase Richard B. Lillich, “The Problem of the Applicability of Existing International Provisions for the Protection of Human Rights to Individuals who are not Citizens of the Country in which They Live” (comentario editorial), *American Journal of International Law*, vol. 70, 1976, págs. 507 a 510.

125. El término “extranjero” se emplea en las leyes nacionales de diversos Estados<sup>232</sup>. El concepto de “extranjero” definido en la legislación se refiere a una persona<sup>233</sup> que no es ciudadana del Estado<sup>234</sup> o nacional de éste<sup>235</sup> o que no es ni ciudadana ni nacional del Estado<sup>236</sup>. Los extranjeros residentes pueden o no estar abarcados en la definición de extranjero y los extranjeros ilegales pueden estar excluidos de ella<sup>237</sup>. Los apátridas pueden estar abarcados en la definición de “extranjero”<sup>238</sup> o ser tratados en pie de igualdad con los “extranjeros”<sup>239</sup>. En la legislación nacional también se pueden usar otros términos para hacer referencia al

<sup>232</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 2; Austria, Ley de 2005, artículo 3.2 4); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 4; China, Ley de 1986, artículo 31; República Checa, Ley de 1999, artículo 1 2); Finlandia, Ley de 2004, artículo 3 1); Grecia, Ley de 2001, artículo 1; Guatemala, Decreto Ley de 1986, artículo 11; Honduras, Ley de 2003, artículo 3 7); Japón, Orden de 1951, artículo 2.2 2); Kenya, Ley de 1973, artículo 2; Lituania, Ley de 2004, artículo 2 32); Nigeria, Ley de 1963, artículo 52 1); Polonia, Ley No. 1775 de 2003, artículo 2; Eslovenia, Ley de 2003, artículo 2; Sudán, Ley de 2003, artículo 3; Reino Unido, Ley de 1981, artículo 50 1); y Estados Unidos de América, INA, artículo 101 a) 3).

<sup>233</sup> En la legislación de algunos Estados se precisa que un extranjero es una persona natural (República Checa, Ley de 1999, artículo 1 2); y Federación de Rusia, Ley No. 115-FZ de 2002, artículo 2).

<sup>234</sup> Austria, Ley de 2005, artículo 3.2 4); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 4; Bulgaria, Ley de 1998, artículo 2 1); Canadá, Ley de 2001, artículo 2; Croacia, Ley de 2003, artículo 2; Finlandia, Ley de 2004, artículo 3 1); Grecia, Ley de 2001, artículo 1; Kenya, Ley de 1973, artículo 2; Polonia, Ley No. 1775 de 2003, artículo 2; Federación de Rusia, Ley No. 115-FZ de 2002, artículo 2; Eslovenia, Ley de 2003, artículo 2; y Sudáfrica, Ley de 2002, artículo 1 1) xvii).

<sup>235</sup> China, Ley de 1986, artículo 31; República Checa, Ley de 1999, artículo 1 2); Francia, Código, artículo L111-1; Guatemala, Decreto Ley de 1986, artículo 11; Honduras, Ley de 2003, artículo 3 7); Hungría, Ley de 2001, artículo 2 1) a); Japón, Orden de 1951, artículo 2.2 2); Lituania, Ley de 2004, artículo 2 32); Madagascar, Decreto de 1994, artículo 3.3; Noruega, Ley de 1988, artículo 48; Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 2; República de Corea, Ley de 1992, artículo 2 2); España, Ley de 2000, artículo 1; Sudán, Ley de 2003, artículo 3; y Túnez, Ley de 1968, artículo 1. En 1927 el Consejo de Estado de Estonia declaró lo siguiente: “Toda persona que no posea la nacionalidad de Estonia es extranjera en el sentido de la Ley de seguridad pública ... Toda persona que no sea nacional de la República es extranjera”. *George Talma et al. v. Minister of the Interior*, Consejo de Estado de Estonia, 14 de octubre de 1927, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1935-1937*, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 142, pág. 313.

<sup>236</sup> Alemania, Ley de 2004, artículo 2 1), que cita el artículo 116 de la Ley Fundamental; y Estados Unidos, INA, artículo 101 a) 3) y 22).

<sup>237</sup> Guatemala incluye específicamente a los residentes en la definición del término “extranjero” (Guatemala, Decreto Ley de 1986, artículo 12; Canadá, por su parte, excluye expresamente a los residentes permanentes (Canadá, Ley de 2001, artículo 2 y Sudáfrica excluye expresamente tanto a los residentes como a los “extranjeros ilegales” (Sudáfrica, Ley de 2002, artículo 1 1) xvii)).

<sup>238</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 4; Canadá, Ley de 2001, artículo 2; Francia, Código, artículo L111-1; Grecia, Ley de 2001, artículo 1; Guatemala, Decreto Ley de 1986, artículo 12; Hungría, Ley de 2001, artículo 2 1) a); Lituania, Ley de 2004, artículo 2 32); Madagascar, Decreto de 1994, artículo 5; Túnez, Ley de 1968, artículo 1 y Reino Unido, Ley de 1981, artículo 50 1). Belarús incluye a personas sin ciudadanía que no tienen ningún comprobante de nacionalidad (Belarús, Ley de 1993, artículo 1).

<sup>239</sup> “Según el artículo 62, parte 3, de la Constitución de la Federación de Rusia, los ciudadanos extranjeros y los apátridas tienen en la Federación de Rusia los mismos derechos y obligaciones que los ciudadanos de la Federación de Rusia, salvo las excepciones establecidas por la ley federal o los tratados internacionales en los que sea parte la Federación de Rusia”. Decisión No. 6, *Causa de revisión de la constitucionalidad de una disposición de la segunda parte del artículo 31 de la Ley de la URSS de 24 de julio de 1981 relativa al estatuto jurídico de los extranjeros en la URSS, en relación con el recurso de Yahya Dashi Gafur*, Tribunal Constitucional de la Federación de Rusia, 17 de febrero de 1998, párr. 4.

concepto de “extranjero” (*alien*), tales como “foreigner” (extranjero)<sup>240</sup>, “nacional extranjero” (*foreign national*)<sup>241</sup> o “ciudadano extranjero” (*foreign citizen*)<sup>242</sup>. El término “inmigrante” se puede emplear también para referirse, parcial o totalmente, al concepto de “extranjero”<sup>243</sup>. La legislación puede también establecer un estatuto intermedio entre nacionales y extranjeros, a saber, los “no extranjeros”<sup>244</sup>.

126. La definición de “extranjero” consignada en el derecho y la jurisprudencia nacionales es reconocida por los demás Estados en la medida en que esté en consonancia con el derecho internacional<sup>245</sup>.

<sup>240</sup> Bulgaria, Ley de 1998, artículo 2 1); Croacia, Ley de 2003, artículo 2; Ecuador, Ley de 2004, artículo 12; Francia, Código, artículo L111-1; Alemania, Ley de 2004, artículo 2 1); Hungría, Ley de 2001, artículo 2 1) a); Madagascar, Decreto de 1994, artículos 3.3 y 5; Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 2; República de Corea, Ley de 1992, artículo 2 2); Sudáfrica, Ley de 2002, artículo 1 1) xvii); y Túnez, Ley de 1968, artículo 1.

<sup>241</sup> Canadá, Ley de 2001, artículo 2; Noruega, Ley de 1988, artículo 48; y España, Ley de 2000, artículo 1.

<sup>242</sup> El término “ciudadano extranjero” se emplea cuando el extranjero tiene prueba de su ciudadanía en otro país: Belarús, Ley de 1998, artículo 3, y Ley de 1993, artículo 1; y Federación de Rusia, Ley No. 115-FZ de 2002, artículo 2.

<sup>243</sup> La legislación de Nigeria define al “inmigrante” diciendo que se trata de una persona que no es ciudadana, que no está protegida por la inmunidad diplomática y que “entra o trata de entrar en Nigeria” (Nigeria, Ley de 1963, artículo 52 1)). Según la legislación de los Estados Unidos, un extranjero es “inmigrante” salvo que entre en una de varias categorías de los considerados “no inmigrantes” (Estados Unidos, INA, artículo 101 a) 15)), o por otros conceptos no reúne los recaudos para que se le considere en el estatuto de “no inmigrante” (Estados Unidos, INA, artículo 214 b)). La legislación de Madagascar clasifica a los “extranjeros” en “inmigrantes” o “no inmigrantes” o, en una tercera categoría, apátridas y refugiados, entendiéndose por “no inmigrantes” las personas que permanecen en el territorio por tres meses o menos y por “inmigrantes” las que permanecen en el territorio después de ese plazo (Madagascar, Decreto de 1994, artículos 5 a 7). La legislación de la Argentina emplea el término “inmigrante” para referirse a todo extranjero que desee entrar, transitar, residir o radicarse lícitamente en la Argentina con carácter definitivo, temporal o transitorio (Argentina, Ley de 2004, artículo 2). La legislación de Guatemala entiende por “inmigrante” a un extranjero que, habiendo probado su buena reputación, moral, competencia y capacidad económica, viene a Guatemala con autorización previa para establecer su residencia en el país (Guatemala, Decreto Ley de 1986, artículos 12 y 15). La legislación de Belarús subsume a los “inmigrantes” en la categoría de los residentes permanentes (Belarús, Ley de 1998, artículo 3).

<sup>244</sup> “Otros criterios, tales como la lealtad común jurada a la Corona por los súbditos británicos incluso cuando no poseen la nacionalidad británica se puede considerar suficiente para otorgarles el estatuto de no extranjeros”. Rainer Arnold, “Aliens”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 102 a 107, en especial pág. 102. “En un país del *Commonwealth* la condición de los nacionales de más países del *Commonwealth* se regirá por las disposiciones de sus leyes, reglamentaciones y decretos”. Principios relativos a la admisión y trato de los extranjeros (aprobados por el Comité Consultivo Jurídico Asiático-Africano en su cuarta reunión), reproducidos en el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1961, vol. II, pág. 82, artículo 1. El Reino Unido considera “extranjero” a la “persona que no es ciudadana del *Commonwealth* ni persona protegida por el Reino Unido ni tampoco ciudadana de la República de Irlanda” (Reino Unido, Ley de 1981, artículo 50 1)). Nigeria entiende por “extranjero” a la “persona que no es ciudadana del *Commonwealth* ni ciudadana de Eire”, (Nigeria, Ley de 1963, artículo 52 1)). La circunstancia de que una persona no entre dentro de la definición de “extranjero” no significa que se la pueda considerar “nacional”.

<sup>245</sup> “La cuestión relativa a saber si una persona ha de ser o no clasificada como extranjero es del resorte del derecho nacional del Estado. En la medida en que esté en consonancia con el derecho internacional público, esa determinación ha de ser reconocida también por el ordenamiento jurídico de otros Estados”. Rainer Arnold, “Aliens”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 102 a 107, en especial pág. 102.

## 2. Extranjeros ilegales

127. Por “extranjero ilegal” se entiende, en general, al extranjero cuyo estatuto es ilegal de resultas de su contravención de las leyes nacionales pertinentes del Estado territorial respecto de la admisión, la permanencia, las actividades autorizadas o la residencia de los extranjeros. Por lo tanto, un extranjero puede ser ilegal desde el momento en que cruza la frontera del territorio de otro Estado en contravención de las leyes nacionales de inmigración respecto de la admisión de extranjeros. Además, un extranjero admitido lícitamente en el territorio de otro Estado puede pasar a ser extranjero ilegal si posteriormente contraviene las leyes nacionales que rigen la presencia de los extranjeros, por ejemplo, si permanece en el territorio después del plazo que le hayan fijado los funcionarios de inmigración al tiempo de la entrada o si se ocupa en actividades no autorizadas por el visado u otro documento de entrada<sup>246</sup>. En algunos casos, el extranjero ilegal puede posteriormente regularizar su situación<sup>247</sup>.

128. Aunque algunos tratados distinguen entre extranjeros legales e ilegales, no contienen una definición del término “extranjero ilegal”<sup>248</sup>.

129. En las leyes nacionales de varios Estados se usa el término “extranjero ilegal”<sup>249</sup> y otros términos similares para referirse a los extranjeros<sup>250</sup> que carecen inicialmente, o pierden más adelante, su estatuto legal, incluidos los términos “inmigrante ilegal”<sup>251</sup>, “illegal foreigner” (extranjero ilegal)<sup>252</sup>, “unlawful non-citizen” (no ciudadano ilegal)<sup>253</sup>, “prohibited immigrant” (inmigrante prohibido)<sup>254</sup>, “prohibited person”<sup>255</sup> o “prohibited individual”<sup>256</sup> (persona prohibida en ambos casos) e “immigration offender” (infractor inmigratorio)<sup>257</sup>. El término “extranjero

<sup>246</sup> Véanse, por ejemplo, *United States ex rel. Zapp. et al. v. District Director of Immigration and Naturalization*, Tribunal de Apelaciones de Secciones, Sección Segunda, 6 de junio de 1941, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1941-1942, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 91, págs. 304 a 308 (Extranjeros expulsados porque han dejado de ejercer el oficio para el que fueron admitidos); y *Espaillet-Rodríguez v. The Queen*, Tribunal Supremo, 1º de octubre de 1963, *International Law Reports*, vol. 42, E. Lauterpacht (ed.), págs. 207 a 210.

<sup>247</sup> Por ejemplo, el estatuto de extranjero ilegal se puede regularizar, entre otras cosas, si permanece en el territorio del Estado de acogida por un cierto lapso. Véase la causa *Sosa*, Corte Suprema de la Argentina, 23 de marzo de 1956, *International Law Reports*, 1956, H. Lauterpacht (ed.), págs., 395 a 397.

<sup>248</sup> Algunos tratados internacionales contienen disposiciones sobre la expulsión que se aplican únicamente a los extranjeros que están lícitamente presentes en el territorio de un Estado. Véanse, en particular, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 16 de diciembre de 1966, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, No. 4668, pág. 171, artículo 13; Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, Nueva York, 31 de enero de 1967, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 606, No. 8791, pág. 267, artículo 32; Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, Nueva York, 28 de septiembre de 1954, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 360, No. 5158, pág. 117, artículo 31; y Convenio Europeo de Establecimiento (con Protocolo), París, 13 de diciembre de 1955, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 529, No. 7660, pág. 141, artículo 3. Estas disposiciones se examinarán *infra*.

<sup>249</sup> Honduras, Ley de 2003, artículo 3 15).

<sup>250</sup> En Kenya se puede también otorgar ese estatuto a la persona a cargo de un extranjero ilegal. Kenya, Ley de 1967, artículo 3 1) l).

<sup>251</sup> Belarús, Ley de 1998, artículo 3; y Honduras, Ley de 2003, artículo 3 15).

<sup>252</sup> Sudáfrica, Ley de 2002, artículo 1 1) xviii).

<sup>253</sup> Australia, Ley de 1958, artículos 14 y 15.

<sup>254</sup> Kenya, Ley de 1967, artículo 3 1); y Nigeria, Ley de 1963, artículo 52 1).

<sup>255</sup> Sudáfrica, Ley de 2002, artículo 1 1) xxx) y artículo 29.

<sup>256</sup> Belarús, Ley de 1993, artículo 20 6).

<sup>257</sup> República de Corea, Ley de 1992, artículo 2 13).

ilegal” y términos similares se definen en la legislación de algunos Estados en función de una entrada ilegal inicial o de una presencia ilegal ulterior<sup>258</sup>.

### 3. Extranjeros residentes

130. En general, el término “extranjero residente”, se refiere al extranjero que ha sido admitido y ha residido en el territorio de un Estado por un cierto lapso conforme a la ley nacional pertinente.

131. El concepto de “extranjero residente”, como categoría especial de extranjeros, está reconocido implícitamente en los tratados relativos a los derechos de los extranjeros que han residido en un Estado por un cierto lapso<sup>259</sup>. El término “extranjero residente” se define en algunos instrumentos internacionales de acuerdo con tres elementos, a saber, licitud, continuidad y duración que va de dos a diez años<sup>260</sup>.

<sup>258</sup> Belarús entiende por “inmigración ilegal” la entrada o permanencia en su territorio en contravención de la legislación pertinente (Belarús, Ley de 1998, artículo 3). Kenya califica de ilícita la presencia de un extranjero en su territorio salvo que éste posea un “permiso de entrada válido o un pase válido” o esté por otras razones autorizado a encontrarse en el territorio conforme al derecho de Kenya (Kenya, Ley de 1967, artículo 4). El Reino Unido entiende por “persona que ha entrado ilegalmente” a quien entra ilícitamente o trata de entrar en su territorio en infracción de una orden de deportación o de las leyes de inmigración o por medios que incluyen el engaño por parte de un tercero (Reino Unido, Ley de 1971, artículo 33 1), enmendada por la Ley de asilo e inmigración de 1996, anexo 2, párr. 4). Los Estados Unidos consideran ilegal la presencia de un extranjero si éste no ha sido “admitido o tiene autorización temporal” para encontrarse en el territorio o permanece en él después de la expiración de la estadía autorizada (Estados Unidos, INA, artículo 212 a) 9) B) ii)).

<sup>259</sup> Véase, por ejemplo, el artículo 3 del Convenio Europeo de Establecimiento:

“1. Los nacionales de una Parte Contratante que residan legalmente en el territorio de otra Parte podrán ser expulsados únicamente si ponen en peligro la seguridad nacional o atentan contra el orden público o buenas costumbres.

2. Salvo cuando así lo exijan consideraciones imperativas de seguridad nacional, el nacional de una Parte Contratante que haya residido legalmente por más de dos años en el territorio de la otra Parte no será expulsado sin antes darle oportunidad de aducir razones contra su expulsión y de apelar y estar representado a ese fin ante una autoridad competente o una persona o personas especialmente designadas por la autoridad competente.

3. Los nacionales de una Parte Contratante que hayan residido legalmente por más de 10 años en el territorio de otra Parte sólo podrán ser expulsados por razones de seguridad nacional o si las demás razones mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo son de naturaleza particularmente grave.”

<sup>260</sup> En cuanto a la Unión Europea, véase el artículo III de la resolución del Consejo de 4 de marzo de 1996 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países que son residentes de larga duración en el territorio de los Estados miembros, *Diario Oficial C 80*, de 18 de marzo de 1996, págs. 2 a 4:

“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el punto VI, en cada Estado miembro deberá reconocerse como residentes de larga duración a los siguientes nacionales de terceros países:

- A los que acrediten haber residido legalmente y de forma ininterrumpida en el territorio del Estado miembro de que se trate durante un período determinado conforme a lo dispuesto en la normativa de dicho Estado miembro y, en cualquier caso, después de 10 años de residencia legal;
- A los que se les reconozcan, en virtud de la normativa del Estado miembro de que se trate, las mismas condiciones de estancia que las concedidas a la categoría de personas contempladas en el primer guión.

2. Los Estados miembros deberán conceder, conforme a su normativa, una autorización de estancia de al menos diez años, o por un período de tiempo que tenderá a ser equivalente y que corresponderá a la máxima validez que conceda con arreglo a su legislación nacional,



132. El concepto de “extranjero residente” aparece también en la legislación nacional de algunos Estados. La definición de extranjero residente contenida en diversas leyes nacionales incluye los elementos comunes de licitud, continuidad y duración. El derecho nacional puede también reconocer distintas categorías de extranjeros residentes<sup>261</sup>.

133. El concepto de extranjero residente también ha sido examinado por los tribunales nacionales de varios Estados. El Tribunal Supremo de Irlanda ha examinado el requisito de la residencia<sup>262</sup> lícita (u ordinaria)<sup>263</sup>. La Corte Suprema de la Argentina y la Corte Suprema de Costa Rica han examinado el estatuto de los

---

o una autorización de estancia ilimitada a las personas reconocidas como residentes de larga duración de conformidad con el apartado 1 (1).”

*Véase también* la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración en el territorio de los Estados miembros, *Diario Oficial L 16*, págs. 44 a 53:

“Artículo 2 – Definiciones. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: [...] b) residente de larga duración; cualquier nacional de un tercer país que tenga el estatuto de residente de larga duración a que se refieren los artículos 4 a 7;

(...)

Artículo 4 – Duración de la residencia. 1. Los Estados miembros concederán el estatuto de residente de larga duración a los nacionales de terceros países que hayan residido legal e ininterrumpidamente en su territorio durante los cinco años inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud correspondiente. [...]

Artículo 6 – Orden público y seguridad pública. 1. Los Estados miembros podrán denegar el estatuto de residente de larga duración por motivos de orden público o de seguridad pública. [...]

Artículo 7 – Obtención del estatuto de residente de larga duración. 1. Para obtener el estatuto de residente de larga duración, los nacionales de terceros países presentarán una solicitud ante las autoridades competentes del Estado miembro en que residan. Adjuntarán a la solicitud los documentos justificativos estipulados en la legislación nacional que acrediten que el solicitante reúne los requisitos contemplados en los artículos 4 y 5 y, si fuere necesario, un documento de viaje válido o copia certificada del mismo.”

<sup>261</sup> “Los regímenes de control de extranjeros dentro de las fronteras nacionales acusan variaciones considerables entre los Estados, y en los países de Europa continental el régimen de permisos de residencia es un atributo común. Por ejemplo, en Francia se emplean tres categorías de permisos que hacen distinción entre residentes temporales, ordinarios y privilegiados.” Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 251.

<sup>262</sup> “Al parecer, el término ‘residente ordinario’ se puede comparar con el término ‘permanencia lícita’ ...” Atle Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law; Asylum, Entry and Sojourn*, vol. II, Leiden, A. W. Sijthoff, 1972, pág. 340, No. 29.

<sup>263</sup> La causa estaba referida a un miembro extranjero de la Fuerza Aérea Alemana que había caído en paracaídas en Irlanda durante la segunda guerra con el objeto de ejecutar una misión militar. El apelante adujo que tenía derecho a un aviso de tres meses antes de la deportación pues había sido residente ordinario por el plazo requerido conforme a la ley nacional pertinente. El Tribunal Supremo decidió que el extranjero no era un “residente ordinario” en la acepción de la ley porque “la mera presencia física de un extranjero en el territorio por el lapso requerido” no podía constituir “residencia ordinaria”. *The State (at the prosecution of Hermann Goertz) v. The Minister of State*, Eire, Tribunal Supremo, 2 y 5 de mayo de 1947, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1948, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 83, págs. 276 y 277. “Al parecer, el Tribunal hizo hincapié en la entrada ilegal del apelante a los efectos de ejecutar una misión militar para una potencia extranjera y en la circunstancia de que no se había acreditado que durante el período en que había estado oculto o internado hubiera tenido intención de residir en el país, salvo en el sentido de que tenía intención de permanecer en él físicamente a efecto de llevar a cabo el objeto de la misión que tenía prevista.” Atle Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law; Asylum, Entry and Sojourn*, vol. II, Leiden, A. W. Sijthoff, 1972, pág. 340, No. 28.

residentes de larga duración en el Estado territorial en calidad de extranjeros residentes *de facto*<sup>264</sup>.

#### 4. Trabajadores migratorios

134. El término “trabajador migratorio” se refiere, en general, a la persona que ha viajado a un país extranjero a fin de obtener allí empleo remunerado<sup>265</sup>. Las categorías de trabajadores extranjeros son diferentes según la duración de su estancia en el Estado de empleo, la ubicación de su empleo y su estatuto, sea como extranjero legal o ilegal. El término “trabajador migratorio” no abarca necesariamente a todos esos trabajadores extranjeros. Por ejemplo, los trabajadores de temporada<sup>266</sup> y los trabajadores transfronterizos<sup>267</sup> son a veces excluidos de la definición de “trabajadores migratorios”<sup>268</sup>.

“Existen distintos tipos de trabajadores extranjeros. En muchos casos, un trabajador sale de su país de origen por un lapso prolongado, permanece en el país de acogida en forma continuada y eventualmente regresa a su hogar. También hay trabajadores de temporada, que trabajan en un país extranjero por

<sup>264</sup> “En otra causa (fallos de la Corte Suprema, vol. 200, pág. 99), la Corte, reafirmando las facultades del Estado para regular y controlar la admisión de extranjeros de conformidad con las normas constitucionales y habida cuenta del bien común, señaló que por ley no se establecía un plazo particular que le permitiera a quien hubiera entrado ilegalmente regularizar su estatuto y convertirse en residente legal. No obstante, la Corte observó la posibilidad de que se pudiera subsanar esa irregularidad en una causa en que una persona no sólo había presentado un historial de buena conducta, sino que había demostrado también dentro del país, por un lapso de duración razonablemente suficiente, su lealtad al país y su adhesión a sus principios nacionales, lo que le otorgaba el derecho de invocar la garantía constitucional de residencia permanente en el país”. Causa *Sosa*, Corte Suprema de la Argentina, de 23 de marzo de 1956, *International Law Reports*, 1956, H. Lauterpacht (ed.), págs. 395 a 397 (respecto de un extranjero que había sido residente legal durante cinco años). Véase también la causa *R. Leiva*, Cámara Nacional de Apelaciones de Resistencia de la Argentina, 20 de diciembre de 1957, *International Law Reports*, 1957, H. Lauterpacht (ed.), pág. 490 (“Una vez que un extranjero ha sido admitido en el país, se le debe tratar como residente de éste”). La Corte Suprema de Costa Rica consideró también en 1938 el estatuto de un extranjero como consecuencia de la residencia en el territorio de un Estado por un lapso prolongado. Causa *Rojas y otros*, Corte Suprema de Costa Rica, 26 de julio de 1938, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1938-1940, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 140, págs. 389 y 390 (relativa a dos extranjeros que habían residido en el Estado durante 6 y 15 años respectivamente).

<sup>265</sup> “El trabajador migratorio, en el sentido más lato, es una persona que trabaja en un país extranjero en relación de dependencia.” Tugrul Ansay, “Legal Problems of Migrant Workers”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, vol. II, tomo 156, 1977, págs. 7 a 77, en especial pág. 7.

<sup>266</sup> “Se entenderá por ‘trabajador de temporada’ todo trabajador migratorio cuyo trabajo, por su propia naturaleza, dependa de condiciones estacionales y sólo se realice durante parte del año.” Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Nueva York, 18 de diciembre de 1990, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2220, No. 39481, pág. 3 y ss., en especial pág. 95, artículo 2, párr. 2, apartado b). “Los trabajadores de temporada no tienen intención de permanecer en forma continuada; por lo común se les exime de los permisos que se exigen para los trabajadores comunes.” Véase Tugrul Ansay, “Legal Problems of Migrant Workers”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, vol. III, tomo 156, 1977, págs. 7 a 77, en especial pág. 56, nota 6.

<sup>267</sup> “Se entenderá por ‘trabajador fronterizo’ todo trabajador migratorio que conserve su residencia habitual en un Estado vecino, al que normalmente regrese cada día o al menos una vez por semana.” Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, nota 266 *supra*, artículo 2, párr. 2, apartado a).

<sup>268</sup> “Los trabajadores fronterizos no son tratados en general como trabajadores migratorios.” Tugrul Ansay, “Legal Problems of Migrant Workers”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, vol. III, tomo 156, 1977, págs. 7 a 77, en especial pág. 56, No. 7.

varios meses antes de volver a su país de origen. Este tipo de migración es particularmente común en ciertas categorías de trabajo, como la construcción o la hotelería. Cuando cesa la construcción o se cierra el establecimiento, el trabajador viaja a su país de origen hasta que comienza la nueva temporada. Este tipo de migración se observa asimismo entre países limítrofes, como ocurre con los trabajadores mexicanos que migran a los Estados Unidos durante la temporada de cosecha. Algunos países, como Suiza, alientan en particular a los trabajadores de temporada extranjeros, pues este tipo de mano de obra reduce algunos problemas sociales y financieros.

Los trabajadores migratorios se pueden clasificar también en legales e ilegales, según que posean o no permisos de residencia y de trabajo. La mayor parte de los trabajadores extranjeros en Europa occidental en estos días se encuentran allí legalmente, pero según algunos cálculos aproximados alrededor del 10% de la fuerza de trabajo extranjera trabaja sin los permisos de trabajo necesarios. En los Estados Unidos, también, donde el control de las personas que cruzan la frontera es comparativamente más fácil que en Europa, se calcula que alrededor de 656.000 extranjeros están trabajando ilegalmente. Los problemas jurídicos de estos trabajadores clandestinos son incluso más complejos que los de los trabajadores migratorios legítimos.”<sup>269</sup>

135. Algunos tratados definen el término “trabajador migratorio”<sup>270</sup> con leves variaciones. El elemento común de estas definiciones es que se refieren a personas que han migrado de un país a otro a fin de obtener empleo remunerado. Sin embargo, las distintas definiciones acusan diferencias en cuanto a la inclusión o exclusión de ciertas categorías de trabajadores, como los trabajadores de temporada, los trabajadores fronterizos y los trabajadores autónomos.

136. El artículo 11 del Convenio de la OIT (No. 143) sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes contiene, a los efectos de la aplicación de la Parte II del Convenio (relativa a la igualdad de oportunidades y de trato), una definición del término “trabajador migrante” que excluye el empleo por cuenta propia y, además, ciertas categorías de trabajadores entre las cuales se cuentan los trabajadores fronterizos, los artistas y las personas que ejercen una profesión liberal y que entren en el país por un período de corta duración, la gente de mar, las personas que hayan entrado en el país con fines especiales de formación o de educación y ciertos tipos de empleo temporal<sup>271</sup>.

<sup>269</sup> Tugrul Ansay, “Legal Problems of Migrant Workers”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, vol. III, tomo 156, 1977, págs. 7 a 77, en especial pág. 8 (se omiten las citas).

<sup>270</sup> “En los instrumentos vigentes, el término ‘trabajadores migratorios extranjeros’ designa en general a personas que desean establecerse en otro país por un plazo considerable con miras a emplearse en régimen distinto del trabajo por cuenta propia.” Maxime Tardu, “Migrant Workers”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Elsevier Science Publishers, vol. 3, 1997, págs. 364 a 369, en especial pág. 364. Véase también Tugrul Ansay, “Legal Problems of Migrant Workers”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, vol. III, tomo 156, 1977, págs. 7 a 77, en especial págs. 7 y 8.

<sup>271</sup> Convenio (No. 143) sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 24 de junio de 1975, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1120, No. 17426, pág. 323, artículo 11:

“1. A los fines de la aplicación de la presente parte del Convenio, la expresión trabajador migrante comprende a toda persona que emigra o ha emigrado de un país a otro para ocupar un empleo que no sea por cuenta propia; incluye también a toda persona admitida regularmente como trabajador migrante.

137. El artículo 1 de la Convención europea sobre la condición jurídica de los trabajadores migrantes contiene una definición del término “trabajador migrante” que abarca las personas que han sido autorizadas a residir en un país distinto del país de su propia nacionalidad a fin ocupar un empleo remunerado. Esa definición es muy similar a la enunciada en el Convenio de la OIT por cuanto excluye a los trabajadores fronterizos, a los artistas, la gente de mar, las personas que hayan entrado en el país con fines especiales de formación o de educación y, en alguna medida, los trabajadores temporales. Sin embargo, contrariamente al Convenio de la OIT, la Convención europea no se aplica a quienes ejercen una profesión liberal (con prescindencia de la duración de su estancia en el territorio del Estado extranjero) o a los trabajadores de temporada<sup>272</sup>.

138. En la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares figura una definición similar, aunque más detallada, del término “trabajador migratorio”. En consonancia con las convenciones anteriores, esta Convención no se aplica a algunas categorías de trabajadores, a saber, las personas que reciben formación o educación y, en cierta medida, los marinos y los trabajadores en estructuras marinas. Además, esta Convención no se aplica a las personas enviadas o empleadas por organizaciones internacionales o por un Estado, cuyo estatuto se determina de conformidad con el derecho internacional general o los acuerdos o convenios internacionales o, aunque con algunas excepciones, a los refugiados y apátridas. Contrariamente a las convenciones anteriores, esta Convención abarca los trabajadores fronterizos, los trabajadores de temporada y las personas empleadas por cuenta propia<sup>273</sup>.

- 
2. La presente parte del Convenio no se aplicará a:
- a) los trabajadores fronterizos;
  - b) los artistas y las personas que ejerzan una profesión liberal y que entren en el país por un período de corta duración;
  - c) la gente de mar;
  - d) las personas que hayan entrado en el país con fines especiales de formación o de educación;
  - e) las personas empleadas en organizaciones o empresas que operan dentro del territorio de un país que han sido admitidas temporalmente en dicho país, a solicitud de sus empleadores, para cumplir trabajos o funciones específicos por un período definido o limitado de tiempo y que están obligadas a abandonar el país al término de sus trabajos o funciones.”

<sup>272</sup> Convención europea sobre la condición jurídica de los trabajadores migrantes, Estrasburgo, 24 de noviembre de 1977, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1496, No. 25700, pág. 3, artículo 1: “1. A los fines de la aplicación de la presente Convención, el término ‘trabajador migrante’ comprende a un nacional de una Parte Contratante que ha sido autorizado por otra Parte Contratante a residir en su territorio a fin de ocupar un empleo remunerado.

2. La presente Convención no se aplicará a:
- a) los trabajadores fronterizos;
  - b) los artistas, otros profesionales del espectáculo y los deportistas contratados por plazos breves y las personas que ejerzan una profesión liberal;
  - c) la gente de mar;
  - d) las personas que reciban formación o educación;
  - e) los trabajadores de temporada; por trabajadores migrantes de temporada se entienden los que, siendo nacionales de una Parte Contratante, se emplean en el territorio de otra Parte Contratante en una actividad que depende del ritmo de las estaciones, con arreglo a un contrato por un plazo fijo o para un empleo determinado;
  - f) los trabajadores nacionales de una Parte Contratante que realizan un trabajo determinado en el territorio de otra Parte Contratante en nombre de una empresa que tiene su oficina registrada fuera del territorio de esa Parte Contratante.”

<sup>273</sup> Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, nota 266 *supra*, artículos 2 y 3: “Artículo 2:

139. Las legislaciones nacionales de algunos Estados definen el término “trabajador migratorio”. Esas leyes pueden distinguir entre diferentes categorías de “trabajadores

A los efectos de la presente Convención:

1. Se entenderá por ‘trabajador migratorio’ toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional.

2. a) Se entenderá por ‘trabajador fronterizo’ todo trabajador migratorio que conserve su residencia habitual en un Estado vecino, al que normalmente regrese cada día o al menos una vez por semana;

b) Se entenderá por ‘trabajador de temporada’ todo trabajador migratorio cuyo trabajo, por su propia naturaleza, dependa de condiciones estacionales y sólo se realice durante parte del año;

c) Se entenderá por ‘marino’, término que incluye a los pescadores, todo trabajador migratorio empleado a bordo de una embarcación registrada en un Estado del que no sea nacional;

d) Se entenderá por ‘trabajador en una estructura marina’ todo trabajador migratorio empleado en una estructura marina que se encuentre bajo la jurisdicción de un Estado del que no sea nacional;

e) Se entenderá por ‘trabajador itinerante’ todo trabajador migratorio que, aún teniendo su residencia habitual en un Estado, tenga que viajar a otro Estado u otros Estados por períodos breves, debido a su ocupación;

f) Se entenderá por ‘trabajador vinculado a un proyecto’ todo trabajador migratorio admitido a un Estado de empleo por un plazo definido para trabajar solamente en un proyecto concreto que realice en ese Estado su empleador;

g) Se entenderá por ‘trabajador con empleo concreto’ todo trabajador migratorio:

i) Que haya sido enviado por su empleador por un plazo limitado y definido a un Estado de empleo para realizar una tarea o función concreta;

ii) Que realice, por un plazo limitado y definido, un trabajo que requiera conocimientos profesionales, comerciales, técnicos o altamente especializados de otra índole; o

iii) Que, a solicitud de su empleador en el Estado de empleo, realice por un plazo limitado y definido un trabajo de carácter transitorio o breve; y que deba salir del Estado de empleo al expirar el plazo autorizado de su estancia, o antes, si deja de realizar la tarea o función concreta o el trabajo a que se ha hecho referencia;

h) Se entenderá por ‘trabajador por cuenta propia’ todo trabajador migratorio que realice una actividad remunerada sin tener un contrato de trabajo y obtenga su subsistencia mediante esta actividad, trabajando normalmente solo o junto con sus familiares, así como todo otro trabajador migratorio reconocido como trabajador por cuenta propia por la legislación aplicable del Estado de empleo o por acuerdos bilaterales o multilaterales.

Artículo 3:

La presente Convención no se aplicará a:

a) Las personas enviadas o empleadas por organizaciones y organismos internacionales y las personas enviadas o empleadas por un Estado fuera de su territorio para desempeñar funciones oficiales, cuya admisión y condición jurídica estén reguladas por el derecho internacional general o por acuerdos o convenios internacionales concretos;

b) Las personas enviadas o empleadas por un Estado fuera de su territorio, o por un empleador en su nombre, que participen en programas de desarrollo y en otros programas de cooperación, cuya admisión y condición jurídica estén reguladas por un acuerdo con el Estado de empleo y que, de conformidad con este acuerdo, no sean consideradas trabajadores migratorios;

c) Las personas que se instalen en un país distinto de su Estado de origen en calidad de inversionistas;

d) Los refugiados y los apátridas, a menos que esté previsto que se aplique a estas personas en la legislación nacional pertinente del Estado Parte de que se trate o en instrumentos internacionales en vigor en ese Estado,

e) Los estudiantes y las personas que reciben capacitación;

f) Los marinos y los trabajadores en estructuras marinas que no hayan sido autorizados a residir y ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo.”

migratorios”, tales como los empleados y las personas que trabajan por cuenta propia<sup>274</sup>.

## 5. Familia

140. El concepto de la unidad familiar puede acusar variaciones entre países, sociedades o culturas<sup>275</sup>. Al parecer existe un acuerdo general en cuanto a que la familia comprende a una persona y su cónyuge y también los hijos menores o a cargo. El estatuto de los demás familiares por consanguinidad o afinidad no se echa de ver con igual claridad (prometido, padres, abuelos, los hermanos y tíos). También se plantean cuestiones en cuanto al estatuto de los hijos adoptados e ilegítimos y de los cónyuges polígamos<sup>276</sup>.

141. El concepto de “familia” se trata en diversos instrumentos internacionales, incluidos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>277</sup> y el Convenio

<sup>274</sup> Por ejemplo, Honduras entiende por trabajador migratorio un extranjero con un permiso válido que entra en el país temporalmente para ocupar una actividad remunerada (Ley de 2003, artículo 3 28)). El Camerún distingue entre, por un lado, los “trabajadores por contrata”, que son o bien extranjeros asalariados en el sector privado en el Camerún, los extranjeros que prestan servicio en los sectores público o cuasi público al amparo de un contrato de trabajo o el personal de asistencia técnica y, por el otro, los “trabajadores autónomos”, que son personas que ejercen a título individual una profesión liberal, mercantil, industrial, agrícola, pastoral, cultural o artesanal (Camerún, Decreto de 2000, artículos 12 a 14).

<sup>275</sup> “No existe una definición singular e internacionalmente aceptada de familia, y el derecho internacional reconoce diversas formas. La existencia de un vínculo de parentesco es una cuestión de hecho que se ha de determinar en cada caso. A decir verdad, la familia nuclear es la forma más ampliamente aceptada a los fines de la unidad familiar y la reunificación de familias.” Kate Jastram, “Family Unity”, en Alexander T. Aleinikoff y V. Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003, págs. 185 a 201, en especial pág. 197 (donde se cita al Comité de Derechos Humanos, 32º período de sesiones, 1988, *Observación general No. 16*, párr. 5 (8 de abril de 1988); Comité de Derechos Humanos, 39º período de sesiones, 1990, *Observación general No. 19*, párr. 2 (27 de julio de 1990); Comité de Derechos Humanos, *Observación general No. 28 sobre el artículo 3*, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, párr. 27 (29 de marzo de 2000); y Recomendación No. R (99) 23 del Consejo de Europa del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la reunificación de familias para los refugiados y otras personas que necesitan protección internacional, de 15 de diciembre de 1999, en especial párr. 2. “La definición de familia aplicada por el Estado de acogida puede ser distinta de la empleada por la familia inmigrante”. Alexander T. Aleinikoff, nota 119 *supra*, pág. 18. “En los principales Estados de inmigración del mundo occidental industrializado, las disposiciones básicas que rigen la definición de la familia son suficientemente similares como para ser comparables; sin embargo, incluso entre los Estados de este grupo las disparidades son a veces notables”. Richard Plender, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pág. 375.

<sup>276</sup> “Además, no es obvio que un Estado monogámico que experimente inmigración de Estados poligámicos deba, por razones de orden público, declinar en todos los casos considerar a una esposa polígama como cónyuge a los efectos de la inmigración”. Richard Plender, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pág. 384. Lo mismo se puede decir, por analogía, respecto de la consideración de un cónyuge polígamo en el contexto de una instancia de expulsión. Con todo, la consideración de la familia como factor para determinar la expulsión de un extranjero se puede complicar por la presencia de cónyuges polígamos en diferentes Estados. Véase también *Latiefa v. Principal Immigration Officer*, Tribunal Supremo de Sudáfrica, Distrito Provincial de El Cabo, 30 de abril de 1951, *International Law Reports*, 1951, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 89, págs. 294 a 299, en especial pág. 297 (Segundo matrimonio de un polígamo no reconocido a los efectos de la inmigración).

<sup>277</sup> “El artículo 17 del Pacto protege contra la injerencia ilícita o arbitraria en la intimidad y en la familia. El concepto de familia es un concepto amplio que se ha interpretado que incluye “todos los que integran la familia tal como se la entiende en la sociedad del Estado parte interesado”. Walter Kälin, “Limits to Expulsion under the International Covenant on Civil and Political

Europeo de Derechos Humanos<sup>278</sup>. Sin embargo, se advierte una falta de uniformidad en cuanto al empleo del término.

“El concepto de ‘unidad familiar’, adoptado por los principales ordenamientos jurídicos del mundo, ha encontrado expresión en numerosos instrumentos relativos a la protección internacional de los derechos humanos. Esos ordenamientos acusan variaciones, sin embargo, cuando se trata de determinar qué categorías de personas se han de considerar miembros de la familia. Aunque no puede haber duda de que el cónyuge e hijos menores de una persona se han de considerar miembros de la familia, la práctica no es uniforme en cuanto al estatuto de los menores de un cónyuge de un matrimonio anterior, los hijos ilegítimos, los padres mayores de edad y los parientes a cargo. La solución bien podría ser incluir en el concepto de familia a todas las personas que estén enteramente a cargo del inmigrante y formen parte del hogar. Este es el concepto que sirve de fundamento para otorgar inmunidad a la familia de un agente diplomático conforme al párrafo 1) del artículo 37 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 1961, que reza como sigue: ‘Los miembros de la familia de un agente diplomático que formen parte de su casa gozarán de los privilegios e inmunidades especificados en los artículos 29 a 36, siempre que no sean nacionales del Estado receptor.’”<sup>279</sup>

142. La presencia de los familiares de un extranjero puede ser un factor pertinente que se ha de tener en cuenta al decidir sobre su expulsión y deportación. El concepto de familia se ha tenido en cuenta en relación con los trabajadores migratorios del siguiente modo:

“Las leyes nacionales de los países que importan mano de obra no distinguen, en general, entre las familias de nativos y extranjeros. Desafortunadamente, no existe un concepto universalmente aceptable de familia. El significado de la familia para un trabajador migratorio podría ser más amplio que el imperante en los países de acogida. Sin embargo, por ‘familia’ se entiende, en general, el marido, su cónyuge e hijos menores. Sin embargo, no hay acuerdo

---

Rights”, en Francesco Salerno (ed.), *Diritti Uomo, Estradizione ed Espulsione*, CEDAM, Padua (Italia), 2003, págs. 143 a 164, en especial pág. 152 (donde se cita Comité de Derechos Humanos, *Observación general No. 16 [32º periodo de sesiones, 1988], artículo 17*, en *Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por órganos de derechos humanos creadas en virtud de tratados* (documento de las Naciones Unidas HRI/GEN/1/Rev.7), en especial pág. 26, párr. 5).

<sup>278</sup> “El Convenio Europeo de Derechos Humanos brinda protección contra la deportación en ciertas circunstancias [...] El Tribunal Europeo debe determinar primero que existe una ‘vida privada y familiar’. La categoría de familia que puede aspirar a la protección es más amplia que la reconocida en la Convención sobre los Derechos del Niño, pues no se exige necesariamente una relación de filiación entre padre e hijo menor. En la causa *Marckx v. Belgium*, 27 de abril de 1979, Serie A No. 31, verbigracia, se reconoció que los vínculos entre familiares cercanos como abuelos y nietos estaban subsumidos en el concepto de vida familiar. Las relaciones entre parejas del mismo sexo pueden también estar protegidas, aunque en la categoría de vida privada y no de vida familiar, *X and Y v. United Kingdom*, decisión de admisibilidad, de la Comisión Europea de Derechos Humanos, de fecha 3 de mayo de 1983, Petición No. 9369/81”. Kate Jastram, “Family Unity”, en Alexander T. Aleinikoff y V. Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003, págs. 185 a 201, en especial pág. 194 y nota 44.

<sup>279</sup> Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, párr. 8.01, pág. 65. Comentario a la Norma Rectora 8 respecto de la unidad familiar: “En la formulación y administración de sus leyes de inmigración y de sus leyes y reglamentos sobre la admisión de extranjeros en su territorio, el Estado respetará la unidad de la familia”. *Ibid.*

en cuanto a si se han de incluir en el concepto de familia a otras personas a cargo.”<sup>280</sup>

143. El concepto de “familiares” o conceptos conexos se definen a veces en los tratados internacionales a sus propios efectos. La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares contiene una definición amplia de “familia” sustentada en el concepto de “matrimonio” u otra relación que produzca “efectos equivalentes” de conformidad con el derecho aplicable. En la Convención no se indica el sexo de la pareja casada.

“A los efectos de la presente Convención, el término ‘familiares’ se refiere a las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate.”<sup>281</sup>

144. El artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño define el concepto de familia por remisión a la “costumbre local” e incluye a los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño:

“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los *padres o, en su caso de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local*, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y obligación apropiada para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.”<sup>282</sup> [Sin cursiva en el original.]

En la misma Convención se define como sigue el término “niño”:

“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”<sup>283</sup>

145. Las leyes nacionales de varios Estados definen al miembro de la familia de un extranjero a los efectos de la ley de inmigración, incluidas la expulsión y la reunificación de familias. El cónyuge en general, es reconocido como miembro de la familia de un extranjero conforme al derecho nacional<sup>284</sup>. Algunas leyes incluyen al

<sup>280</sup> Tugrul Ansay, “Legal Problems of Migrant Workers”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, vol. III, tomo 156, 1977, págs. 7 a 77, en especial pág. 24 (se omiten las citas).

Para un examen de las cuestiones jurídicas relativas a los familiares de los trabajadores migratorios, véase *ibíd.*, págs. 29 a 55.

<sup>281</sup> Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, nota 206 *supra*, artículo 4, pág. 96.

<sup>282</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, Nueva York, 20 de noviembre de 1989, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1577, No. 27531, pág. 3, artículo 5.

<sup>283</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, *ibíd.*, artículo 1.

<sup>284</sup> Australia, Ley de 1958, artículos 199 1) y 2), 205 y 211 y 212; Belarús, Ley de 1998, artículos 3 y 23; Bulgaria, Ley de 1998, en Disposiciones Adicionales, artículo 1 1); Camerún, Decreto de 2000, artículo 17; Chile, Decreto de 1975, artículo 32; Italia, Ley No. 40 de 1998, artículo 27; Nigeria, Ley de 1963, artículo 3 b) y c), y artículo 9 1) c); España, Ley de 2000, artículo 57 6); Suecia, Ley de 1989, capítulo 2, artículo 4; y Estados Unidos, INA, artículos 101 a) 35) y 212 a) 2) C) ii) y 2) H) ii), 3) B). La legislación de los Estados Unidos exige que el matrimonio se contraiga en la presencia física de ambos contrayentes o esté consumado (Estados Unidos, INA, artículo 101 a) 35)).



“prometido”<sup>285</sup> o “cohabitante”<sup>286</sup>. En general también se reconoce al niño como miembro de la familia de un extranjero conforme al derecho nacional<sup>287</sup>. La ley puede exigir que el niño sea menor<sup>288</sup> de 16<sup>289</sup>, 17<sup>290</sup>, 18<sup>291</sup> ó 21<sup>292</sup> años. La Ley puede también exigir que el menor sea soltero<sup>293</sup> o hijo legítimo<sup>294</sup>. Puede incluir al niño que ha sido adoptado o puesto bajo el cuidado del extranjero<sup>295</sup>. Algunas leyes nacionales reconocen a otras personas a cargo o familiares como miembros de la familia de un extranjero, incluida una persona a cargo (que puede<sup>296</sup> o no<sup>297</sup> distinguirse del cónyuge), un padre<sup>298</sup>, una persona de la que sea responsable el extranjero<sup>299</sup>, otros parientes cercanos<sup>300</sup> o miembros de la familia inmediata<sup>301</sup>.

## 6. Refugiados

146. En general, se entiende por “refugiado” la persona que se ha visto obligada a salir de su país de nacionalidad o residencia habitual, a fin de buscar refugio en otro Estado<sup>302</sup>. El término “refugiado” se debe distinguir del término “desplazado interno” que, en general, se refiere a personas que se han desplazado dentro del territorio del mismo Estado, que muchas veces es el Estado de su nacionalidad<sup>303</sup>. Se ha sugerido que

<sup>285</sup> Estados Unidos, INA, artículo 101 a) 50).

<sup>286</sup> Suecia, Ley de 1989, capítulo 2, artículo 4.

<sup>287</sup> Nigeria, Ley de 1963, artículo 9 3) b); y Estados Unidos, INA, artículo 212 a) 2) C) ii), 2) H) ii) y 3) B).

<sup>288</sup> Bulgaria, Ley de 1998, en Disposiciones Adicionales, artículo 1 1); Italia, Ley No. 40 de 1998, artículo 27; y España, Ley de 2000, artículo 57 6);

<sup>289</sup> China, Reglas de 1986, artículo 54; y Nigeria, Ley de 1963, artículos 18 1) f) ii) y 38, y Reglamento de 1963 (L.N.94), artículo 23 a).

<sup>290</sup> Reino Unido, Ley de 1971, artículo 3 6) (enmendada por la Ley de inmigración y asilo de 1999).

<sup>291</sup> Australia, Ley de 1958, artículo 5; Brasil, Ley de 1980, artículo 7; Federación de Rusia, Ley No. 62-FZ de 2002, artículo 3; Italia, Ley No. 40 de 1998, artículo 27; y Suecia, Ley de 1989, capítulo 2, artículo 4.

<sup>292</sup> Estados Unidos, INA, artículo 101 b)

<sup>293</sup> Estados Unidos, INA, artículo 101 b) y c).

<sup>294</sup> Camerún, Decreto de 2000, artículo 17.

<sup>295</sup> Italia, Ley No. 40 de 1998, artículo 27; y Estados Unidos, INA, artículo 101 b) y c).

<sup>296</sup> Australia, Ley de 1958, artículos 199 2) y 3), 205, 211 y 212; y Nigeria, Ley de 1963, artículo 9 1) c) y 3) c).

<sup>297</sup> Australia, Ley de 1958, artículos 222 7) a) y 223 11) a); Canadá, Ley de 2001, artículo 39; Kenya, Ley de 1967, artículo 3 1) a), 1); y Nigeria, Ley de 1963, artículos 22 1) 3), 34 y 47.

<sup>298</sup> España, Ley de 2000, artículo 57 6).

<sup>299</sup> Italia, Ley No. 40 de 1998, artículo 27.

<sup>300</sup> Belarús, Ley de 1998, artículo 24; Italia, Ley No. 40 de 1998, artículo 27; y Suecia, Ley de 1989, capítulo 2, artículo 4.

<sup>301</sup> Ecuador, Ley de 2004, artículo 12.

<sup>302</sup> “El término ‘refugiado’ en su acepción sociológica, se viene usando por siglos, toda vez y por cualquier razón que las personas se han visto compelidas a abandonar sus hogares y buscar refugio en otras partes; sólo en tiempos modernos, con todo, ha adquirido el término una significación jurídica. En consecuencia, el término se ha utilizado para definir la competencia *ratione personae* de los organismos internacionales que entienden en los problemas de los refugiados. Análogamente, se lo ha utilizado en acuerdos internacionales vinculados con el estatuto de personas que han tenido que salir de sus países de origen a fin de buscar refugio en otro país. Correlativamente, el término aparece en la legislación nacional sobre el estatuto de los refugiados en un país determinado”. Eberhard Jahn, “Refugees”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 4, 2001, págs. 72 a 76, en especial pág. 72.

<sup>303</sup> “Aunque el término refugiado por lo común se aplica a personas desarraigadas de su país de origen, a veces se usa también para referirse a los llamados ‘refugiados nacionales’ o ‘desplazados internos’, esto es, las personas que viven en una situación similar a la de un refugiado, aunque se han quedado dentro de los límites internacionalmente reconocidos de su

el término “refugiado” es un término técnico que ha adquirido un significado especial en el derecho internacional<sup>304</sup>. También se ha sugerido que la definición del término “refugiado” se debe buscar en los instrumentos jurídicos internacionales y no en el derecho internacional consuetudinario<sup>305</sup>.

147. Se echan de ver variantes en la definición del término “refugiado” estatuida en los instrumentos internacionales que se adoptaron para abordar determinados problemas de los refugiados durante la época de la Sociedad de las Naciones<sup>306</sup>. Tras la constitución de las Naciones Unidas, al fin de la segunda guerra mundial, se trató por primera vez de adoptar un enfoque unificado del problema de los refugiados en general.

“Cuando las Naciones Unidas comenzaron a adoptar medidas respecto de los refugiados, había un acuerdo general en que el problema de los refugiados se debía tratar *in toto*. En consecuencia, la definición contenida en la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados, si bien estaba referida a grupos determinados de refugiados de preguerra y de guerra, incluía una cláusula general con arreglo a la cual el término ‘refugiado’ se debía también aplicar a personas que se encontraran fuera de su Estado de origen y que no pudieran o, por razones válidas, no quisieran acogerse a la protección de ese Estado. Esta última cláusula prefiguró los elementos básicos de la definición del término ‘refugiado’ consignada en el Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados ... y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951 ..., ampliada por el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, de 31 de enero de 1967 ... ambas definiciones son muy similares e incluyen a toda persona que se encuentre fuera del Estado de su nacionalidad o, si carece de nacionalidad, el Estado de su residencia habitual anterior, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas que no pueda o, a causa de esos

---

país, o que, habiendo salido de su país de origen, han encontrado refugio en otro país que les concede el mismo estatuto que a sus nacionales. A esos ‘refugiados’ no se les puede a todas luces conceder una protección internacional, pero bien puede haber necesidad de asistencia internacional. Por lo tanto, en varios casos, la Asamblea General ha solicitado al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados que conceda asistencia humanitaria en esas situaciones”. Eberhard Jahn, “Refugees”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 4, 2001, págs. 72 a 76, en especial pág. 73. Los desplazados internos serían ajenos al ámbito del tema que se examina. Véase la parte III.C.1 g).

<sup>304</sup> “Las medidas y la cooperación internacionales en los pasados 60 años han dotado a la palabra ‘refugiado’ del estatuto de término técnico”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, págs. 138 y 139.

<sup>305</sup> “El concepto de ‘refugiado’ no es un concepto de derecho internacional consuetudinario. En consecuencia, la definición del término y el estatuto de los refugiados se deben encontrar en los instrumentos jurídicos internacionales. Los principales instrumentos son la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951 (en lo sucesivo la Convención de 1951) y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1967 (en lo sucesivo el Protocolo de 1967). El otro instrumento es el Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, de 1951 (en lo sucesivo el estatuto del ACNUR)”. Chooi Fong, nota 108 *supra*, pág. 54 (se omiten las citas).

<sup>306</sup> “Cuando bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones se crearon diversos órganos internacionales para ocuparse de los refugiados de esa época y se concertaron diversos acuerdos para regular ciertos aspectos de su estatuto jurídico, el término ‘refugiado’ se definió en cada oportunidad en relación con un problema determinado de los refugios. Esas definiciones jurídicas guardaban relación con el origen nacional o étnico del grupo en cuestión y la falta de protección brindada por el gobierno de sus países de origen”. Eberhard Jahn, “Refugees”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 4, 2001, págs. 72 a 76, en especial pág. 72 (se omiten los ejemplos).

temores, no quiera acogerse a la protección del Gobierno del país de su nacionalidad o que, careciendo de nacionalidad, no pueda regresar al país de su residencia habitual.”<sup>307</sup>

148. El artículo 1 de la sección A, párrafo 2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados dice que el término “refugiados”<sup>308</sup> se aplicará a toda persona que:

“... debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.”<sup>309</sup>

<sup>307</sup> Eberhard Jahn, “Refugees”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 4, 2001, págs. 72 a 76, en especial pág. 72 (se omiten las citas). “La palabra ‘refugiado’ se aplica también a cualquiera persona ... que se encuentra fuera del país del que es nacional o en el que antes residía habitualmente, y quien, como resultado de acontecimientos ocurridos después de haber estallado la segunda guerra mundial, no puede, o no quiere, aprovecharse de la protección del Gobierno de su país de nacionalidad o anterior nacionalidad”. Constitución de la Organización Internacional de Refugiados, Nueva York, 15 de diciembre de 1946, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 18, No. 283, pág. 3, en especial pág. 18, anexo 1, Parte I, sección A, 2. “Por refugiado se entiende una persona que ya no se encuentra bajo la protección del Estado de su nacionalidad o en el caso de un apátrida, el Estado de residencia permanente, y que ha huido de ese Estado para buscar refugio y asistencia con otro país ... Este concepto —la pérdida de la protección del propio Estado— ha sido el elemento central de la definición del refugiado desde la primera vez que se la utilizó en el decenio de 1920 en los ‘Acuerdos Nansen’, que protegían sólo a los refugiados de ciertas partes de Europa y el Oriente Medio”. Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, párr. 13.01, pág. 99. “En los tratados destinados a proteger el estatuto de los refugiados, concertados en los años de entreguerra, el criterio adoptado en general para distinguir al refugiado fue el hecho de que no disfrutaba concretamente de la protección del Gobierno de su Estado de origen, con independencia de que tuviera o no ‘legalmente’ derecho a esa protección”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movements of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, págs. 138 y 139.

<sup>308</sup> “Esta definición es ahora objeto de un reconocimiento universal y es también el modelo para la legislación nacional relativa a los refugiados ...” Eberhard Jahn, “Refugees”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 4, 2001, págs. 72 a 76, en especial págs. 72 y 73.

<sup>309</sup> Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, Ginebra, 28 de julio de 1951, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 189, No. 2545, pág. 150, artículo 1. El texto de la disposición reza como sigue:

“A. A los efectos de la presente Convención, el término ‘refugiado’ se aplicará a toda persona:

1) Que haya sido considerada como refugiada en virtud de los Arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de las Convenciones del 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938, del Protocolo del 14 de septiembre de 1939 o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados.

Las decisiones denegatorias adoptadas por la Organización Internacional de Refugiados durante el período de sus actividades, no impedirán que se reconozca la condición de refugiado a personas que reúnan las condiciones establecidas en el párrafo 2 de la presente sección.

2) Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país

149. El Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptado en 1967, eliminó las restricciones temporales y geográficas del ámbito de aplicación de la

donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

En los casos de personas que tengan más de una nacionalidad, se entenderá que la expresión ‘del país de su nacionalidad’ se refiere a cualquiera de los países cuya nacionalidad posean; y no se considerará carente de la protección del país de su nacionalidad a la persona que, sin razón válida derivada de un fundado temor, no se haya acogido a la protección de uno de los países cuya nacionalidad posea.

B. 1) A los fines de la presente Convención, las palabras ‘acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951’, que figuran en el artículo 1 de la sección A, podrán entenderse como: a) ‘acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951, en Europa’, o como b) ‘acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951, en Europa o en otro lugar’; y cada Estado Contratante formulará en el momento de la firma, de la ratificación o de la adhesión, una declaración en que precise el alcance que desea dar a esa expresión, con respecto a las obligaciones asumidas por él en virtud de la presente Convención.

2) Todo Estado Contratante que haya adoptado la fórmula a) podrá en cualquier momento extender sus obligaciones, mediante la adopción de la fórmula b) por notificación dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas.

C. En los casos que se enumeran a continuación, esta Convención cesará de ser aplicable a toda persona comprendida en las disposiciones de la sección A precedente:

1) Si se ha acogido de nuevo, voluntariamente, a la protección del país de su nacionalidad, o

2) Si, habiendo perdido su nacionalidad, la ha recobrado voluntariamente; o

3) Si ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección del país de su nueva nacionalidad; o

4) Si voluntariamente se ha establecido de nuevo en el país que había abandonado o fuera del cual había permanecido por temor de ser perseguida; o

5) Si, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, no puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad; Queda entendido, sin embargo, que las disposiciones del presente párrafo no se aplicarán a los refugiados comprendidos en el párrafo 1 de la sección A del presente artículo que puedan invocar, para negarse a acogerse a la protección del país de su nacionalidad, razones imperiosas derivadas de persecuciones anteriores;

6) Si se trata de una persona que no tiene nacionalidad y, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, está en condiciones de regresar al país donde antes tenía su residencia habitual;

Queda entendido, sin embargo, que las disposiciones del presente párrafo no se aplicarán a los refugiados comprendidos en el párrafo 1 de la sección A del presente artículo que puedan invocar, para negarse a acogerse a la protección del país de su nacionalidad, razones imperiosas derivadas de persecuciones anteriores.

D. Esta Convención no será aplicable a las personas que reciban actualmente protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

Cuando esta protección o asistencia haya cesado por cualquier motivo, sin que la suerte de tales personas se haya solucionado definitivamente con arreglo a las resoluciones aprobadas sobre el particular por la Asamblea General de las Naciones Unidas, esas personas tendrán ipso facto derecho a los beneficios del régimen de esta Convención.

E. Esta Convención no será aplicable a las personas a quienes las autoridades competentes del país donde hayan fijado su residencia reconozcan los derechos y obligaciones inherentes a la posesión de la nacionalidad de tal país.

F. Las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar:

a) Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos;

b) Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada;

c) Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.”

Convención de 1951, si bien mantuvo la misma definición sustantiva del término “refugiados”<sup>310</sup>.

150. El requisito relativo a ciertas formas de persecución sigue constituyendo un elemento importante de la definición de refugiado en el contexto del derecho convencional. En consecuencia, las circunstancias en las cuales una persona ha huido de su país siguen siendo un factor pertinente para determinar si reúne los requisitos para que se la considere refugiado.

“Aparte de las cuestiones básicas de asilo para los refugiados y su no deportación al Estado de origen, la atención se ha concentrado fundamentalmente en su posición en el Estado de asilo, la medida en que pueden ser protegidos internacionalmente por ese Estado y la definición de quiénes pueden considerarse ‘refugiados’ de modo de beneficiarse del régimen especial que se les aplica ... En particular, a veces es necesario distinguir entre refugiados de diversas formas de persecución y los que buscan mejorar sus circunstancias materiales (los llamados migrantes económicos): esta distinción ha asumido importancia en relación con la gran migración de Viet Nam, especialmente a Hong Kong, en 1988-1989. Análogamente, se debe hacer una distinción entre refugiados propiamente dichos y transgresores de la ley (por ejemplo, los terroristas) que buscan refugio de la justicia en un Estado limítrofe.”<sup>311</sup>

151. La definición de refugiados contenida en la Convención de 1951 y reiterada en el Protocolo de 1967 ha resultado demasiado estricta en algunos aspectos para abarcar los problemas que tiene ante sí la comunidad internacional respecto de víctimas que se encuentran en situaciones similares de resultados de acontecimientos o circunstancias distintos de los contemplados en la Convención<sup>312</sup>. La posibilidad de

<sup>310</sup> Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, Nueva York, 31 de enero de 1967, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 606, No. 8791, pág. 267, artículo I, Disposiciones generales:

“1. Los Estados Partes en el presente Protocolo se obligan a aplicar los artículos 2 a 34 inclusive de la Convención a los refugiados que por el presente se definen.

2. A los efectos del presente Protocolo y salvo en lo que respecta a la aplicación del párrafo 3 de este artículo, el término ‘refugiado’ denotará toda persona comprendida en la definición del artículo 1 de la Convención, en la que se darán por omitidas las palabras ‘como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1° de enero de 1951 y ...’ y las palabras ‘... a consecuencia de tales acontecimientos’, que figuran en el párrafo 2 de la sección A del artículo 1.

3. El presente Protocolo será aplicado por los Estados Partes en el mismo sin ninguna limitación geográfica; no obstante, serán aplicables también en virtud del presente Protocolo las declaraciones vigentes hechas por Estados que ya sean Partes en la Convención de conformidad con el inciso a) del párrafo 1 de la sección B del artículo 1 de la Convención, salvo que se hayan ampliado conforme al párrafo 2 de la sección B del artículo 1.”

<sup>311</sup> Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, pág. 892 y nota 6 (en relación con terroristas vascos que buscaban refugio en Francia) (se omiten las citas).

<sup>312</sup> “Ningún instrumento internacional generalmente aceptado abarca la situación de millones de desafortunados que han huido de abusos masivos de los derechos humanos, guerras civiles, agresión externa, ocupación, dominación extranjera o acontecimientos que alteran gravemente el orden público. Sin embargo, a esas personas se les aplican algunos acuerdos regionales. Asimismo, dentro de lo posible, en estas situaciones se puede recurrir al socorro del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), el principal organismo operacional de las Naciones Unidas que se encarga de la protección y la asistencia a los refugiados, así como de varias organizaciones no gubernamentales y grupos especiales. Debido a la creciente crisis de refugiados y a las lagunas percibidas de los tratados internacionales vigentes relativos a los refugiados, están comenzando a cobrar importancia conceptos tales como los de ‘refugiado temporal’ y ‘asilo temporal’”. Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.),

ampliar el concepto de refugiados se tuvo presente cuando se adoptó la Convención de 1951. La práctica de los Estados en relación con el mandato de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados trasluce una percepción de la necesidad de examinar el concepto de refugiado en términos más amplios, a fin de atender a las necesidades de la humanidad y de la comunidad internacional<sup>313</sup>.

“Desde un principio, la Convención de 1951 estuvo abierta a una ampliación que superara sus términos más estrictos. La Conferencia de Ginebra de 1951 que la adoptó expresó al propio tiempo la esperanza de que todas las naciones se orientaran por la Convención para conceder, en la medida de lo posible, el trato que ésta establecía a las personas que se encontraran en su territorio en calidad de refugiado y que no estuvieran abarcadas por las disposiciones de la Convención. El Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1950, incluso antes de la Convención, es otra de las fuentes de las facultades del ACNUR, facultades que fueron ampliadas, una y otra vez, en resoluciones subsiguientes en la Asamblea General, habitualmente adoptadas en forma unánime o por consenso. Los refugiados que caen dentro del mandato del Alto Comisionado, conforme lo interpreta la Asamblea General, se denominan habitualmente ‘refugiados del mandato’. Ese mandato, por ejemplo, se había ampliado para 1957, cuando la Asamblea General empleó el concepto de los ‘buenos oficios’ del Alto Comisionado para que el ACNUR pudiera brindar protección y asistencia a los refugiados que no reunían los requisitos consagrados en la definición contenida en la Convención de 1951. En 1965, la Asamblea General autorizó al ACNUR a brindar protección a refugiados que no caían dentro del ámbito de la Convención en iguales términos que a los refugiados de la Convención; en 1975 dijo que la situación de los refugiados de la Convención y los refugiados distintos de la Convención eran ‘análogos’, porque ambos eran víctimas de acontecimientos antropogénicos sobre los cuales carecían de control; en 1985, la Asamblea General instó a todos los Estados a apoyar al Alto Comisionado en sus esfuerzos por lograr soluciones duraderas al problema de los refugiados y de los desplazados que entraban dentro de la competencia de su oficina.

---

*The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, § 13.01, pág. 100. “El número de refugiados en el mundo se calcula entre 11 y 12 millones ... La gran mayoría de los refugiados, en cambio, no está protegida por el derecho internacional codificado. Son refugiados ‘humanitarios’ que buscan refugio frente a situaciones de violencia armada o desastres naturales. La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951, cuya definición de ‘refugiado’ se basa en la persecución individual, política, religiosa o racial, ha dejado de ser pertinente para la mayoría de los refugiados. Los movimientos masivos recientes de personas que huyen de la guerra civil, la ocupación militar, los desastres naturales, las violaciones graves de los derechos humanos o simplemente de condiciones económicas adversas han hecho ver la necesidad apremiante de reformular el régimen jurídico internacional aplicable a los problemas de los refugiados”. Kay Hailbronner, “Non-Refoulement and ‘Humanitarian’ Refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking?”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 26, 1985-1986, págs. 857 a 896 (se omiten las citas).

<sup>313</sup> “En el plano mundial, la práctica de los Estados en relación con el ACNUR, plasma a todas luces la percepción de la comunidad internacional de la necesidad de ampliar la protección de los refugiados a grupos mayores de personas en función de su necesidad y no de la causa técnica de su huida”. Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, § 13.02, pág. 101.

Otras declaraciones frecuentes de la Asamblea General y del ACNUR tienden a poner de manifiesto una fusión de los conceptos de ‘refugiado’ y ‘desplazado’. La aprobación por la comunidad internacional de la constante expansión del mandato del ACNUR por la Asamblea General, en el curso de muchos años y muchas crisis, junto con el generoso apoyo financiero a la labor humanitaria del ACNUR y las solicitudes de muchos Estados al ACNUR para que éste les preste asistencia y le brinde sus conocimientos especializados, indican una tendencia general a considerar que este grupo más amplio tiene derecho a protección. Sin embargo, por razones prácticas, no se ha tratado de enmendar la definición de refugiado de la Convención mediante una revisión de ésta. Aunque están dispuestos a brindar ayuda, los Estados no están dispuestos a aceptar oficialmente la obligación de hacerlo.”<sup>314</sup>

152. También se ha tratado de ampliar el concepto de refugiado en el plano regional<sup>315</sup>. En 1969 la Organización de la Unidad Africana (OUA) adoptó una definición más amplia del término “refugiado” en la Convención que regula los aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África<sup>316</sup>. Según esta Convención, el concepto de “refugiado” comprende, además de las personas abarcadas por la Convención de 1951:

“[...] a toda persona que, por causa de agresión externa, ocupación, dominación extranjera o acontecimientos que alteren gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen o nacionalidad se vea obligada a abandonar su lugar de residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o nacionalidad”.<sup>317</sup>

<sup>314</sup> Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23. Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, § 13.02, pág. 102.

<sup>315</sup> “Algunos regímenes regionales sobre refugiados han ampliado el concepto de ‘refugiado’ para incluir al ‘refugiado humanitario’”. *Ibid.*

<sup>316</sup> “El primer paso hacia una definición más inclusiva se adoptó en 1969 cuando la Organización de la Unidad Africana (OUA) aprobó la Convención que regula los aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África. La definición de ‘refugiado’ que se emplea en la Convención de la OUA consta de dos partes: una reiteración de la definición de la Convención de 1951 y una adición plasmada en el artículo 1, párr. 2: El término ‘refugiado’ se aplicará también a toda persona que, por causa de agresión externa, ocupación, dominación extranjera o en acontecimientos que alteren gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen o nacionalidad se vea obligada a abandonar su lugar de residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o nacionalidad”. *Ibid.*

<sup>317</sup> Convención de la OUA que regula los aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África, Addis Abeba, 10 de septiembre de 1969, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1001, No. 14691, pág. 45, artículo 1, Definición del término “refugiado”:

“1. A los efectos de la presente Convención, por ‘refugiado’ se entenderá toda persona que, debido a temores fundados de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

2. El término ‘refugiado’ se aplica igualmente a toda persona que, por causa de agresión externa, ocupación, dominación extranjera o acontecimientos que alteren gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen o nacionalidad, se vea obligada a abandonar su lugar de residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o nacionalidad.

3. Cuando una persona tenga más de una nacionalidad, se entenderá que la expresión ‘el país de su nacionalidad’ se refiere a cualquiera de los países cuya nacionalidad posea; y no se

153. La adopción de la definición más amplia del término “refugiado” por la OUA en el plano regional ha influido en el significado del término en el plano internacional<sup>318</sup>. Para principios de 1980, la comunidad internacional reconoció la necesidad de ampliar el concepto de refugiado en una forma similar a la consagrada en la Convención de la OUA a fin de atender a situaciones cada vez más frecuentes en las que un gran número de personas en circunstancias similares a las de los refugiados quedaban al margen de las definiciones convencionales.

“Para 1981, el Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR observó que el aumento de situaciones de grandes movimientos de población en distintas partes del mundo, especialmente en los países en desarrollo, alteraba la composición de los grupos de solicitantes de asilo. En esos grupos estaban incluidos no sólo los que quedaban amparados por las disposiciones de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951, y el Protocolo de 1967, sino también aquellos ‘que, por causa de agresión externa, ocupación, dominación extranjera o acontecimientos que alteran gravemente el orden público en parte o en la totalidad de su país de origen o nacionalidad, se ven obligadas a buscar refugio fuera de su país de origen o nacionalidad’.”<sup>319</sup>

154. La Organización de los Estados Americanos (OEA) adoptó en un principio un enfoque estricto del concepto de refugiado (o asilado), sustentado en los delitos

---

considerará carente de la protección del país de su nacionalidad a la persona que, sin razón válida derivada de un fundado temor, no se haya acogido a la protección de uno de los países cuya nacionalidad posea.

4. En los casos que se enumeran a continuación, la presente Convención cesará de ser aplicable a toda persona que disfrute del estatuto de refugiado: a) Si se ha acogido de nuevo, voluntariamente, a la protección del país de su nacionalidad, o b) Si, habiendo perdido su nacionalidad, la ha recobrado voluntariamente; o c) Si ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección del país de su nueva nacionalidad; o d) Si voluntariamente se ha establecido de nuevo en el país que había abandonado o fuera del cual había permanecido por temor de ser perseguida; o e) Si, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, no puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad. f) Si ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, después de ser admitida en él como refugiada; g) Si se han contravenido gravemente los principios y objetivos de la presente Convención.

5. Las disposiciones de la presente Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual el país de asilo tenga motivos fundados para considerar: a) Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o de lesa humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos; b) Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiado; c) Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y principios de la Organización de la Unidad Africana; d) Que ha sido declarado culpable de actos contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

6. A los efectos de la presente Convención, incumbe al Estado contratante de asilo determinar el estatuto de refugiado del solicitante.”

<sup>318</sup> “La necesidad de ampliar la definición de refugiado fue sentida particularmente por los Estados africanos que, el 10 de septiembre de 1969, bajo los auspicios de la Organización de la Unidad Africana, concertaron una Convención sobre los aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África ... Esta definición africana se usa ahora cada vez más fuera del continente africano para interpretar el término ‘refugiados y desplazados’ que emplea la Asamblea General de las Naciones Unidas”. Eberhard Jahn, “Refugees”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 4, 2001, págs. 72 a 76, en especial pág. 73.

<sup>319</sup> Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, § 13.03, pág. 103. Véase ACNUR, Conclusión del Comité Ejecutivo No. 21 (XXXII), 1981: Conclusión general sobre la protección internacional, 21 de octubre de 1981, párr. 1.



políticos o delitos comunes conexos, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, que en el párrafo 7 del artículo 22 dispone como sigue:

“Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.”<sup>320</sup>

155. Tras la adopción de la declaración del ACNUR en 1981, diez Estados centroamericanos aprobaron la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados en 1984, que recomendó que se ampliara la definición de “refugiado” de la Convención Americana a fin de incluir:

“... a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.”<sup>321</sup>

156. La definición fue luego aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y por la Asamblea General de la OEA.<sup>322</sup>

157. No obstante, se ha sugerido que aún no hay consenso en cuanto a la acepción precisa del término “refugiado” en el derecho internacional<sup>323</sup>. La “acepción básica” y algunas “zonas grises” en cuanto a la definición del término “refugiado” se han descrito conforme a la práctica de los Estados y de las organizaciones internacionales del siguiente modo:

“Los refugiados subsumidos en el mandato del ACNUR y que, por lo tanto, se pueden acoger a la protección y la asistencia de la comunidad internacional abarcan no sólo los que pueden, en cada caso, tener un fundado temor de persecución por ciertas razones (los llamados “refugiados del mandato”), sino también otros grupos de personas, muchas veces numerosos, que se puede determinar o presumir que carecen o no pueden acogerse a la

<sup>320</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, 22 de noviembre de 1969, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1144, No. 17955, pág. 123; Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, párr. 13.03, pág. 103.

<sup>321</sup> Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, 22 de noviembre de 1984, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, documento de la OEA, OEA/Ser.L/V/II.66/doc.10, rev. 1, 1984-1985, págs. 190 a 193, párr. 3.

<sup>322</sup> “Aunque la Declaración de Cartagena en un principio no se consideró vinculante para los Estados, no sólo expresó el sentimiento de las diez delegaciones oficiales centroamericanas de que la definición clásica no había podido atender a las necesidades modernas en relación con los refugiados, sino que recibió el cabal respaldo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En consecuencia, la Asamblea General de la OEA recomendó que los Estados miembros aplicaran la Declaración para atender a las peticiones de asilo en su territorio.” Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, párr. 13.03, pág. 103.

<sup>323</sup> “No hay todavía consenso en cuanto a la definición de ‘refugiado’, si bien los tratados y la práctica de los Estados coadyuvan a la comprensión del término. Para nuestros propósitos, podemos definir como refugiado a la persona que fuera del país de su nacionalidad solicita o ha recibido asilo en un país extranjero como medio de protegerse contra la persecución en su propio país ... Se entiende por refugiado conforme a esa definición a un extranjero de carácter especial, pues éste no está dispuesto o no puede regresar al país de su nacionalidad.” Richard Plender, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pág. 393 (se omite la cita).

protección del gobierno de su Estado de origen (actualmente calificadas con frecuencia de ‘desplazados’ o personas comprendidas en su mandato. En cada caso, es esencial que las personas de que se trate hayan cruzado una frontera internacional y que, en el caso de este último grupo, las razones de su huida se puedan imputar a conflictos o a alteraciones políticas, sociales o económicas de carácter radical en su propio país. Por cuanto están en juego derechos humanos fundamentales, la clave sigue siendo la violencia o el riesgo o amenaza de violencia, pero sólo en ciertos casos; quedan excluidos de esa definición los que huyen por razones puramente económicas, de conveniencia exclusivamente personal o con intención delictiva.

(...)

Conforme a la práctica de los Estados y de las organizaciones internacionales, la acepción básica indicada *supra* constituye el contenido del término ‘refugiado’ en el derecho internacional general. Sigue habiendo, con todo, zonas grises. Haber de la clase de personas ‘que carecen o no pueden acogerse a la protección del gobierno de su Estado de origen’ deja muchas cuestiones pendientes. Además, el contenido variable del término ‘refugiado’ puede igualmente tener consecuencias jurídicas variables, al punto de que las obligaciones de los Estados en cuestiones como la no devolución, la no devolución en frontera, el refugio o asilo temporal y el trato después de la entrada en el país dependerán del estatuto preciso de la clase de que se trate.”<sup>324</sup>

158. La determinación del estatuto de refugiado de una persona se puede complicar también por factores políticos a causa del elemento de persecución que figura en la definición de refugiado<sup>325</sup>. Análogamente, el ACNUR puede mostrarse renuente a caracterizar como “refugiados” a un grupo de personas debido a las implicaciones políticas de esa calificación.

“El Alto Comisionado se ha abstenido muchas veces de hacer determinaciones colectivas de grupos de personas como refugiados recurriendo al uso de términos como ‘personas en situaciones análogas a las de los refugiados’ y ‘desplazados’. Ello se debe a que se considera poco político clasificar a las personas en la categoría de refugiados, pues esa determinación implica necesariamente que el país del que han huido es un país de persecución.”<sup>326</sup>

159. El término “refugiado” está definido también en la legislación nacional de diversos Estados. Las definiciones de la legislación nacional están muchas veces influidas por las definiciones convencionales, en particular en la medida en que esas leyes son la legislación de aplicación de la Convención pertinente<sup>327</sup>. La noción más amplia de refugiados adoptada en los planos internacional y regional plasma en las leyes nacionales de algunos Estados<sup>328</sup>.

<sup>324</sup> Guy S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, 2ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1996, págs. 29 y 30 (se omite la cita).

<sup>325</sup> “Las consideraciones políticas deben tenerse en cuenta en la determinación concreta del estatuto de refugiado de las personas porque el concepto de ‘persecución’ es difícil de aplicar objetivamente”. Chooi Fong, nota 108 *supra*, pág. 106.

<sup>326</sup> *Ibid.*

<sup>327</sup> Eberhard Jahn, “Refugees”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 4, 2001, págs. 72 a 76, en especial págs. 72 y 73.

<sup>328</sup> “La práctica de los Estados ha demostrado asimismo su apoyo a un concepto más amplio de ‘refugiado’. Muchos Estados dan acogida a refugiados que huyen de condiciones distintas de la persecución, ya sea por ley o simplemente en forma ad hoc. Por ejemplo, en su informe de 1991 a la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas

## 7. Personas desplazadas

160. Hay otras categorías de personas que pueden encontrarse en situaciones similares a la de los refugiados, pero que no están comprendidas en la definición de refugiado propiamente dicha, tales como las “personas desplazadas”<sup>329</sup> y los “refugiados ambientales”.

161. El término “persona desplazada” puede utilizarse en sentido amplio para referirse a una persona que huye de su Estado por razones distintas de las formas de persecución que se contemplan en las definiciones convencionales de refugiado.

“Quienes huyen de su Estado por ser objeto de persecución o albergar fundados temores de ser perseguidos por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas suelen denominarse ‘refugiados de la Convención’ y tienen derecho a protección conforme a la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados [...]. Quienes huyen por motivos distintos de los enunciados anteriormente suelen recibir la denominación de ‘personas desplazadas’ (si han salido del territorio del país donde corren peligro) o ‘desplazados internos’ (si no han abandonado ese territorio).”<sup>330</sup>

162. El término “persona desplazada” también puede utilizarse en sentido más estricto para referirse a “víctimas de desastres causados por el hombre que se encuentran en una situación similar a la de los refugiados fuera de sus países de origen”<sup>331</sup>. En algunos casos, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha ampliado el mandato del ACNUR para brindar protección a esas personas.

---

para los Refugiados observó lo siguiente en relación con la definición de ‘refugiado’: Durante el período que se examina, el Gobierno de México sancionó una ley de asilo en la que reconoció el estatuto de ‘refugiado’, dando al término ‘refugiado’ la acepción enunciada en la Declaración de Cartagena, que ya aplican *de facto* a los peticionantes de asilo en la región muchos países de América Latina. Esa protección adopta la forma de refugio temporal o, con menos frecuencia, refugio permanente o asilo político”. Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, § 13.03, págs. 103 y 104 (se omite la sangría del párrafo). Por ejemplo, Suecia puede conferir el estatuto de refugiado a personas que huyen de un desastre ecológico o de la persecución derivada del sexo u homosexualidad del extranjero (Suecia, Ley de 1989, capítulo 3, artículo 3) y los Estados Unidos pueden conceder el estatuto de refugiado a personas que han sido amenazadas con el aborto o la esterilización involuntaria o han sido sometidas a esos procedimientos (Estados Unidos, INA, artículo 101 a) 42)).

<sup>329</sup> “En particular, la definición de la Convención excluye a la mayoría de las personas desplazadas del mundo que necesitan algún tipo de protección”. Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, § 13.01, pág. 101 (refiriéndose a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951). “Además de esas medidas para resolver los problemas derivados de la apatridia, ha habido iniciativas para mitigar el infortunio de determinadas categorías de apátridas o personas cuya posición es análoga a la de los apátridas. Tales iniciativas se han referido sobre todo a las personas desplazadas o los refugiados, quienes, pese a no ser apátridas, están prácticamente en la misma situación que éstos, por cuanto es improbable que el Estado cuya nacionalidad poseen les brinde algún tipo de protección o les otorgue de cualquier otra forma las ventajas que normalmente se derivan de la posesión de una nacionalidad”. Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, págs. 890 y 891 (se omiten las citas).

<sup>330</sup> Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, § 13.01, págs. 99 y 100.

<sup>331</sup> Eberhard Jahn, “Refugees”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 4, 2001, págs. 72 a 76, en especial pág. 73.

“Las definiciones que figuran en el Estatuto del ACNUR y en los instrumentos sobre los refugiados de 1951 y 1967 tenían como principal finalidad regular la situación de los refugiados y adoptar medidas para su protección internacional. Sin embargo, la comunidad internacional llegó rápidamente a la conclusión de que la acción internacional en favor de los refugiados y, en particular, la asistencia humanitaria debían extenderse a cualquier situación en que existieran refugiados, dondequiera que se produjera y con independencia de que el grupo en cuestión o cada uno de sus miembros fueran o no refugiados en sentido estricto. Por consiguiente, en gran número de resoluciones la Asamblea General de las Naciones Unidas ha autorizado al ACNUR a utilizar sus buenos oficios en situaciones de refugiados que no entran estrictamente dentro de sus atribuciones. Al abordar las actividades del ACNUR, desde 1977 la Asamblea General se refiere, en general, a ‘refugiados y personas desplazadas’, término este último que alude a las víctimas de desastres causados por el hombre que se encuentran en una situación similar a la de los refugiados fuera de sus países de origen.”<sup>332</sup>

163. El término “refugiado ambiental” puede utilizarse para referirse a quienes son víctimas de las condiciones del medio ambiente y se encuentran en una situación similar a la de los refugiados fuera de sus países de origen. Aunque las personas desplazadas por motivos ambientales representan un problema cada vez más grave para la comunidad internacional, el derecho internacional aún no ha reconocido el estatuto de refugiados a las víctimas de las condiciones ambientales<sup>333</sup>.

## 8. Asilados

164. Por regla general, se entiende que el término “asilado” se refiere a una persona a la que se ha concedido asilo territorial o asilo diplomático<sup>334</sup>. Esa persona puede o no reunir los requisitos necesarios para ser considerado refugiado<sup>335</sup>.

<sup>332</sup> Eberhard Jahn, “Refugees”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 4, 2001, págs. 72 a 76, en especial pág. 73

<sup>333</sup> “Actualmente los expertos advierten de que la subida del nivel de los mares, la desertificación y la disminución de las reservas de agua potable provocará la aparición de hasta 50 millones de refugiados ambientales para finales de la década. Janos Bogardi, director del Instituto de Seguridad Ambiental y Humana de la Universidad de las Naciones Unidas en Bonn ha afirmado que el progresivo deterioro ambiental provoca ya el desplazamiento de hasta 10 millones de personas al año, y la situación está llamada a empeorar”.

Según el Dr. Bogardi, “hay temores fundados de que el número de personas que huyen de condiciones ambientales insostenibles puede crecer exponencialmente a medida que el mundo sufra los efectos del cambio climático. Los acuerdos internacionales deben hacerse eco de esa nueva categoría de refugiados. Debemos adelantarnos a las circunstancias y prever qué tipo de ayuda necesitarán, que es similar a la que precisan quienes huyen de otras situaciones inviables”.

“La Cruz Roja afirma que los desastres ambientales provocan ya el desplazamiento de más personas que la guerra”. Según el Dr. Bogardi, “actualmente esas personas no están reconocidas como refugiados en virtud de los acuerdos internacionales, por lo que no tienen acceso a la asistencia que reciben las víctimas de la violencia o de la persecución política”. David Adam, 50m environmental refugees by end of decade, UN warns, *The Guardian*, Londres, 12 de octubre de 2005, disponible en la Dependencia de Seguimiento de Noticias del Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas.

<sup>334</sup> El asilo diplomático o extraterritorial se ha examinado anteriormente en relación con la presencia de un extranjero en el territorio de otro Estado. Véase la parte III.B.3 a).

<sup>335</sup> Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, § 13.01, pág. 99. “En los últimos años, se ha alegado la persecución por motivos de género o por prácticas relacionadas con el género como base para solicitar asilo”.

“Por regla general, el asilo que un Estado concede en su territorio recibe el nombre de asilo territorial. El asilo concedido en otros lugares, principalmente en los locales de una embajada o una legación, se conoce como asilo extraterritorial o, más concretamente, asilo diplomático [...]. El beneficiario del asilo suele denominarse ‘asilado’ y puede o no tener la condición de refugiado según la definición de esa figura aceptada en la legislación internacional o interna.”<sup>336</sup>

165. El Instituto de Derecho Internacional ofrece una definición del término “asilo” en la que no se alude a los motivos por los que se recaba protección:

“En las presentes resoluciones, el término ‘asilo’ indica la protección que un Estado concede, en su territorio o en otro lugar donde algunos de sus órganos ejercen sus competencias, a una persona que solicita dicha protección.”<sup>337</sup>

166. Del mismo modo, el proyecto de Convención sobre el asilo territorial elaborado por la Asociación de Derecho Internacional en 1952 distingue entre “asilo” y “refugio”. A la primera noción se otorga un significado más amplio que a la segunda. De hecho, en relación con el “asilo” se menciona el término “persecución” sin especificar las razones que la motivan<sup>338</sup>.

167. En la Declaración Universal de Derechos Humanos se utiliza el término “asilo” en relación con situaciones en las que una persona busca protección frente a la persecución sin especificar ningún motivo en particular y sólo se excluyen expresamente situaciones relacionadas con acciones judiciales originadas por delitos

---

Anne M. Trebilcock, “Sex Discrimination”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 4, 2001, págs. 390 a 396, en especial pág. 395.

<sup>336</sup> Atle Grahl-Madsen, “Territorial Asylum”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 283 a 287, en especial págs. 283 y 284.

<sup>337</sup> Instituto de Derecho Internacional, *L’asile en droit international public (à l’exclusion de l’asile neutre)*, *Annuaire de l’Institut de Droit international*, vol. 43-II, 1950, reunión de Bath, 11 de septiembre de 1950, pág. 375 [original en francés]. Sin embargo, debe llamarse la atención sobre el preámbulo de la resolución, que se refiere a “motivos políticos”, “Considerando en particular que el éxodo en masa de personas que se ven obligadas por motivos políticos a abandonar su país impone a los Estados el deber de aunar sus esfuerzos para dar respuesta a las exigencias de ese tipo de situaciones [...]”, así como el artículo 2 de la resolución, relativo al asilo territorial, que equipara la concesión de asilo al cumplimiento de las “obligaciones humanitarias” que incumben a los Estados, “Los Estados que, en cumplimiento de sus obligaciones humanitarias, concedan asilo en su territorio no incurrirán en responsabilidad internacional. [...] 3. Cuando por circunstancias políticas se produzca un éxodo de personas en un Estado, los demás Estados celebrarán consultas sobre la manera más eficaz de prestar asistencia a esas personas, recurriendo, en su caso, a un órgano internacional, así como sobre el modo más equitativo de repartir a esas personas entre sus respectivos territorios y, en general, las medidas que deben adoptarse para cumplir sus obligaciones humanitarias” [original en francés].

<sup>338</sup> Asociación de Derecho Internacional, Committee on the Legal Aspects of the Problem of Asylum, Report and draft conventions on diplomatic and territorial asylum, *Conference Report 1972*, págs. 196 a 211, Draft Convention on Territorial Asylum (Proyecto de Convención sobre el asilo territorial), pág. 207. El artículo 1 a), relativo al asilo, establece: “Los Estados tienen derecho a conceder asilo a todos aquellos que sean objeto de persecución o tengan fundados temores de ser perseguidos y a los autores de delitos políticos”. El artículo 1 b), relativo a los refugiados, dispone: “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a conceder refugio en su territorio a todos los que soliciten asilo para evitar ser perseguidos por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, incluido cualquier grupo regional o lingüístico, o adhesión a determinadas opiniones políticas [...]”.

comunes o actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas. El artículo 14 dispone:

“1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.

2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.”<sup>339</sup>

168. Por consiguiente, en la Declaración Universal se utiliza el término “asilo” en sentido más amplio que el de la expresión “estatuto de refugiado” que se emplea en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

169. La Declaración sobre el asilo territorial fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1967<sup>340</sup>. En ella se hace referencia al artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se incluye a las personas que luchan contra el colonialismo y se excluye a personas sospechosas de haber cometido delitos contra la paz, delitos de guerra o delitos contra la humanidad.

170. Otros instrumentos indican hasta cierto punto los motivos en que puede basarse la persecución a efectos de la concesión de asilo. La Convención sobre Asilo Territorial, suscrita en Caracas el 28 de marzo de 1954, hace alusión a la persecución por creencias, opiniones, filiación política y delitos políticos<sup>341</sup>. La Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho de buscar y recibir asilo en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos<sup>342</sup>.

171. El concepto de asilo se utiliza y define en algunas leyes nacionales<sup>343</sup>. La legislación de algunos Estados utiliza indistintamente los conceptos de “refugiado”

<sup>339</sup> Asamblea General, resolución 217 (III), Carta Internacional de Derechos Humanos: Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948, artículo 14.

<sup>340</sup> Asamblea General, resolución 2312 (XXII), Declaración sobre el asilo territorial, 14 de diciembre de 1967. El artículo 1 de esta resolución dispone: “1. El asilo concedido por un Estado, en el ejercicio de su soberanía, a las personas que tengan justificación para invocar el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, incluidas las personas que luchan contra el colonialismo, deberá ser respetado por todos los demás Estados. 2. No podrá invocarse el derecho de buscar asilo, o de disfrutar de éste, ninguna persona respecto de la cual existan motivos fundados para considerar que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos. 3. Corresponderá al Estado que concede el asilo calificar las causas que lo motivan”.

<sup>341</sup> Convención sobre Asilo Territorial, Caracas, 28 de marzo de 1954, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1438, No. 24378, pág. 127. El artículo II de la Convención establece: “El respeto que según el derecho internacional se debe a la jurisdicción de cada Estado sobre los habitantes de su territorio se debe igualmente, sin ninguna restricción, a la que tiene sobre las personas que ingresan con procedencia de un *Estado en donde sean perseguidas por sus creencias, opiniones o filiación política o por actos que puedan ser considerados como delitos políticos*. Cualquier violación de soberanía consistente en actos de un gobierno o de sus agentes contra la vida o la seguridad de una persona, ejecutados en el territorio de otro Estado, no puede considerarse atenuada por el hecho de que la persecución haya empezado fuera de sus fronteras u obedezca a móviles políticos o a razones de Estado” [sin cursiva en el original].

<sup>342</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, 22 de noviembre de 1969, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1114, No. 17955, pág. 123, artículo 22, párr. 7): “Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales”.

<sup>343</sup> Por ejemplo, según la legislación de Chile, se podrá conceder asilo político a los extranjeros que se vean forzados a abandonar su Estado e ingresen al territorio chileno irregularmente o que se

y “asilado”<sup>344</sup>. En otras leyes internas, el término “asilo” se utiliza en un sentido más amplio para abarcar situaciones que no se limitan a la de los “refugiados”<sup>345</sup>.

## 9. Solicitantes de asilo

172. En general, por “solicitante de asilo” se entiende una persona que ha pedido asilo y aún no lo ha obtenido. Puede que esa persona busque protección como refugiado o como asilado. La expresión “solicitante de asilo” se utiliza y define en la legislación de algunos Estados<sup>346</sup>.

## 10. Apátridas

173. En general, se entiende que el término “apátrida” hace alusión a una persona que no tiene la nacionalidad de ningún Estado. Aunque este término, interpretado en sentido estricto, se refiere a una persona que carece de nacionalidad conforme a lo dispuesto en la legislación pertinente del Estado de que se trate, también puede interpretarse en sentido más amplio para incluir a quien tiene una nacionalidad pero no disfruta de la protección de su gobierno<sup>347</sup>. Una persona puede convertirse en apátrida por no haber adquirido una nacionalidad en el momento de su nacimiento o por haberla perdido posteriormente, o haber sido privada de ella, sin adquirir la nacionalidad de otro Estado<sup>348</sup>.

---

vean impedidos de regresar a su Estado (Chile, Decreto Ley de 1975, artículos 35 y 36).

Algunos Estados conceden el estatuto de asilado a personalidades políticas perseguidas u otras personas que huyen de una persecución política (Chile, Decreto Ley de 1975, artículos 34 y 34 bis; Ecuador, Ley de 2004, artículo 4; Guatemala, Decreto Ley de 1986, artículo 22; Honduras, Ley de 2003, artículo 52; y Perú, Ley de 2002, artículo 4).

<sup>344</sup> Por ejemplo, en Bosnia y Herzegovina, Finlandia y Suecia se prevé expresamente la concesión de asilo a los refugiados (Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 72; Finlandia, Ley de 2004, artículo 2 11) a 14), 87 y 106; y Suecia, Ley de 1989, capítulo 3, artículo 1) y en Finlandia se concede el estatuto de refugiado a quienes obtienen asilo (Finlandia, Ley de 2004, artículo 106).

<sup>345</sup> Por ejemplo, la legislación de Suecia contempla una lista de motivos por los que puede obtenerse protección, aparte de los que se aplican a los posibles refugiados (Suecia, Ley de 1989, capítulo 3, artículo 3) y equipara la solicitud de un permiso de residencia por un extranjero que recaba protección con una petición de asilo (Ley de 1989, capítulo 3, artículo 1). Según la legislación del Reino Unido, por solicitante de asilo se entiende todo extranjero que se proponga alegar que el Estado infringiría las obligaciones que le incumben en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados o la Convención Europea de Derechos Humanos si dicho extranjero fuera expulsado del Reino Unido (Ley de 1971, artículo 25 A), en su versión modificada por la Ley de nacionalidad, inmigración y asilo de 2002).

<sup>346</sup> La legislación de Bosnia y Herzegovina considera solicitante de asilo a cualquier persona que pida asilo durante o después de su entrada en el país (Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 4 e)). La legislación de Lituania define a los solicitantes de asilo como aquellos extranjeros que presenten una solicitud de asilo conforme al procedimiento establecido por la ley (Lituania, Ley de 2004, artículo 2 20)). Véanse también Suecia, Ley de 1989, capítulo 3, artículo 1, que equipara la solicitud de un permiso de residencia por un extranjero que recaba protección con una petición de asilo, y Reino Unido, Ley de 1971, artículo 25 A) (en su versión modificada por la Ley de nacionalidad, inmigración y asilo de 2002), que considera solicitante de asilo a todo extranjero que se proponga alegar que su expulsión daría lugar a la infracción por el Reino Unido de sus correspondientes obligaciones convencionales.

<sup>347</sup> Hans Von Mangoldt, “Stateless Persons”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 4, 2001, págs. 656 a 660, en especial pág. 656.

<sup>348</sup> “Una persona puede carecer de nacionalidad a sabiendas o no de esa circunstancia, de forma intencionada o sin que medie voluntad alguna por su parte. Hay incluso quien puede ser apátrida por nacimiento, como ocurre con los hijos ilegítimos nacidos en un Estado que no aplica el *ius soli* de madres extranjeras cuyas leyes nacionales no atribuyen al hijo la nacionalidad de la madre, o con los hijos legítimos nacidos en ese tipo de Estados de padres que carecen de

174. Según la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, el término “apátrida” designa a “toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación”. Sin embargo, la Convención no se aplica a las siguientes categorías de personas: 1) las personas que reciben protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados; 2) las personas a quienes las autoridades del país donde hayan fijado su residencia reconozcan los mismos derechos y obligaciones que sus nacionales; y 3) las personas sobre las que existan sospechas de que han cometido un delito contra la paz, un delito de guerra, un delito contra la humanidad, un delito grave de índole no política fuera del país de su residencia antes de su admisión en dicho país o actos contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas<sup>349</sup>.

175. Las expresiones “apátrida”<sup>350</sup> o “persona sin nacionalidad”<sup>351</sup> aparecen en las leyes internas de varios Estados. Ambos términos se utilizan para hacer referencia a la situación de una persona que no es nacional de esos Estados ni puede acreditar la nacionalidad de ningún otro<sup>352</sup>. El término “apátrida” puede definirse con mayor precisión como 1) una persona que no se considera nacional de ningún Estado conforme a su propia legislación<sup>353</sup>; o 2) una persona que carece de nacionalidad

---

nacionalidad. La apatridia puede sobrevenir después del nacimiento, por ejemplo a resultas de la privación o pérdida de la nacionalidad por sanción o por cualquier otro motivo. Todos los que pierden su nacionalidad de origen sin adquirir otra son, de hecho, apátridas”. Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, págs. 886 a 890, en especial pág. 886 (se omiten las citas).

<sup>349</sup> Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, Nueva York, 28 de septiembre de 1954, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 360, No. 5158, pág. 117, artículo 1 – Definición del término “apátrida”:

“1. A los efectos de la presente Convención, el término ‘apátrida’ designará a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación.

2. Esta Convención no se aplicará:

- i) A las personas que reciben actualmente protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, mientras estén recibiendo tal protección o asistencia;
- ii) A las personas a quienes las autoridades competentes del país donde hayan fijado su residencia reconozcan los derechos y obligaciones inherentes a la posesión de la nacionalidad de tal país;
- iii) A las personas respecto de las cuales haya razones fundadas para considerar:
  - a. Que han cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, definido en los instrumentos internacionales referentes a dichos delitos;
  - b. Que han cometido un delito grave de índole no política fuera del país de su residencia, antes de su admisión en dicho país;
  - c. Que son culpables de actos contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.”

<sup>350</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 4 b); Guatemala, Decreto Ley de 1986, artículo 24; Honduras, Ley de 2003, artículos 3 2) y 54; Madagascar, Decreto de 1994, artículos 8 y 43; Federación de Rusia, Ley No. 115-FZ de 2002, artículo 2, y Ley No. 62-FZ de 2002, artículo 2; y Eslovenia, Ley de 2003, artículo 7.

<sup>351</sup> Belarús, Ley de 1998, artículo 3; y Bulgaria, Ley de 1998, artículo 2 2). Según Bulgaria, una persona sin nacionalidad es la que no se considera nacional de ningún Estado y está en posesión de un documento que así lo certifica.

<sup>352</sup> Belarús, Ley de 1998, artículo 3; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 4 b); y Federación de Rusia, Ley No. 115-FZ de 2002, artículo 2, y Ley No. 62-FZ de 2002, artículo 2.

<sup>353</sup> Guatemala, Decreto Ley de 1986, artículo 24; Honduras, Ley de 2003, artículo 3 2); Madagascar, Decreto de 1994, artículo 8; y Eslovenia, Ley de 2003, artículo 7.



o cuya nacionalidad se desconoce<sup>354</sup>. Los Estados pueden ampliar o restringir más la noción de apátrida<sup>355</sup>.

## 11. Ex nacionales

176. Por regla general, se entiende que el término “ex nacional” hace referencia a una persona que ya no se considera nacional del Estado cuya nacionalidad poseía. Si esa persona no tenía otra nacionalidad (casos de nacionalidad doble o múltiple) y no ha adquirido una nueva nacionalidad, puede entrar dentro de la categoría de apátrida. La pérdida de la nacionalidad hace alusión a la retirada obligatoria de la nacionalidad de una persona mediante un acto unilateral de un Estado, a diferencia del cambio de nacionalidad como consecuencia de un acto voluntario del interesado<sup>356</sup>. A veces se utilizan términos distintos para distinguir entre la privación de la nacionalidad obtenida por nacimiento (desnacionalización) y la privación o revocación de la nacionalidad adquirida por naturalización (desnaturalización).

## 12. Extranjero enemigo

177. Puede entenderse que la expresión “extranjero enemigo” se refiere a los nacionales de los Estados que son partes contrarias en un conflicto armado<sup>357</sup>.

## B. Expulsión y deportación

178. Como se dijo anteriormente, puede ser útil distinguir entre dos aspectos diferentes de la expulsión de los extranjeros, a saber, 1) la decisión u orden de la que emana la autoridad legal para la partida obligatoria del extranjero; y 2) las medidas de cumplimiento que se pueden utilizar para ejecutar dicha orden o decisión en cuanto a la remoción física del extranjero del territorio. Como se dijo anteriormente también, hay diferentes opiniones relativas a este criterio debido a la falta de acuerdo general sobre las nociones de expulsión y deportación<sup>358</sup>.

<sup>354</sup> Madagascar, Decreto de 1994, artículo 8; y Túnez, Ley de 1968, artículo 1.

<sup>355</sup> La Federación de Rusia especifica que un apátrida es una persona física (Federación de Rusia, Ley No. 62-FZ de 2002, artículo 2). Honduras no concede la condición de apátrida a los niños extranjeros ya que, conforme a la Constitución, adquieren la nacionalidad hondureña (Honduras, Ley de 2003, artículo 54).

<sup>356</sup> “El término desnacionalización se utiliza para designar cualquier privación de la nacionalidad por un acto unilateral de un Estado, ya sea por decisión de las autoridades administrativas o en virtud de la ley. En este sentido, la desnacionalización no plantea problemas jurídicos como los relacionados con la renuncia a la nacionalidad, esto es, la expatriación o pérdida de la nacionalidad por la renuncia deliberada de su titular, ni con la sustitución de la nacionalidad, es decir, la pérdida automática de la nacionalidad que se produce al adquirir otra”. Rainer Hofmann, “Denationalization and forced exile”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 1001 a 1007, en especial pág. 1001.

<sup>357</sup> “El estallido de una guerra convierte en enemigos extranjeros a los respectivos súbditos de las partes beligerantes ... A medida que avanza la civilización, hay una tendencia cada vez mayor a encerrar los efectos de un conflicto armado dentro de límites lo más estrechos que sea posible y a reducir el respeto estricto del principio de que los súbditos de un Estado enemigo pueden ser tratados como enemigos, en favor del concepto de civil extranjero sin armas, cuya persona y propiedad se respetan, con ciertas excepciones expresadas en diversas formas, como antes de la guerra.” Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad on the Law of International Claims*, Nueva York, The Banks Law Publishing Co., 1915, párr. 32, págs. 61 y 62.

<sup>358</sup> “El término expulsión no es un término técnico, y con frecuencia se lo utiliza de manera intercambiable con el término ‘deportación’, pues ambos entrañan la remoción de una persona de un Estado mediante un acto unilateral de éste, a diferencia de la extradición (que supone acuerdo y

## 1. Expulsión

179. Puede entenderse como “expulsión” la orden o decisión de la autoridad nacional competente por la que se exige a un extranjero cuya presencia es contraria a los intereses del Estado que abandone su territorio<sup>359</sup>. Este criterio concuerda con el de un estudio sobre la apatridia preparado por la Secretaría en 1949, en el que se utilizaba la expresión “expulsión” para referirse a la “decisión jurídica adoptada por las autoridades judiciales o administrativas mediante la cual se ordena a una persona que abandone el territorio del país”<sup>360</sup>.

180. De modo similar, en el *Glossary on Migration* preparado por la Organización Internacional para las Migraciones se define la expresión “expulsión” de la manera siguiente:

“El acto de una autoridad del Estado realizado con la intención y a los efectos de asegurar la remoción de una o varias personas (extranjeros o apátridas) en contra de su voluntad del territorio de ese Estado”<sup>361</sup>.

En el *Glossary on Migration* también se define la expresión “orden de expulsión” en los términos siguientes:

“La orden de un Estado por la que se informa de la prohibición de que una persona que no es nacional permanezca en su territorio. Esta orden se emite ya sea si la persona ingresó ilegalmente en el territorio, o si ya no está autorizada para permanecer en el Estado. Generalmente la orden va acompañada del anuncio de que se hará cumplir, si es necesario, con la deportación.”<sup>362</sup>

181. El término “expulsión” se emplea en las leyes nacionales de algunos Estados. A veces las leyes nacionales emplean el término “deportación” en lugar del término “expulsión” para referirse a la orden o decisión de expulsar a un extranjero<sup>363</sup>. A veces también las leyes nacionales se refieren a otros tipos de decisiones u órdenes por las que se obliga a un extranjero a abandonar el territorio del Estado, las cuales no se denominan específicamente “expulsión”<sup>364</sup>. Algunas leyes nacionales prevén

---

cierto grado de cooperación entre los dos Estados interesados).” Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim's International Law*, 9ª ed., vol. 1 – Peace (partes 2 a 4), 1996, pág. 940, No. 1.

<sup>359</sup> Se ha definido la expulsión en los términos siguientes: “Un acto por el cual la autoridad competente de un Estado ordena u obliga a una o más personas que se encuentran en el territorio de ese Estado a abandonarlo en breve plazo o inmediatamente y les prohíbe además el reingreso a ese territorio” [original en francés]. “La expulsión es el acto por el cual un Estado ordena y, en caso necesario, obliga a una o más personas que se encuentran en su territorio, a abandonar dicho territorio en un breve plazo” [original en francés]. Véase *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, publicado bajo el patrocinio de la Union Académique Internationale, París, Sirey, 1960, págs. 279 a 280; Charles De Boeck, “L’expulsion et les difficultés internationales qu’elle soulève la pratique”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, vol. 18, 1927-III, págs. 447 a 646, en especial pág. 447.

<sup>360</sup> Secretaría de las Naciones Unidas, *Estudio sobre la apatridia*, Lake Success – Nueva York, agosto de 1949, doc. E/112, sección III, capítulo 1 1) J).

<sup>361</sup> *Glossary on Migration*, Ginebra, Organización Internacional para las Migraciones, 2004, pág. 22.

<sup>362</sup> *Ibid.*

<sup>363</sup> Véase Belarús, Ley de 1998, artículo 28, y Ley de 1993, artículo 25; Brasil, Ley de 1980, artículos 57 y 61; Finlandia, Ley de 2004, artículo 143; Honduras, Ley de 2003, artículo 3 5) y 6); y Federación de Rusia, Ley No. 115-FZ de 2002, artículo 2, y Ley de 1996, artículo 25.10.

<sup>364</sup> La decisión u orden pertinente puede consistir en: 1) la instrucción de abandonar el territorio del Estado (Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 56 1) y 3)); 2) la remoción forzosa del extranjero del territorio del Estado (Belarús, Decisión del Consejo de 1999, artículos 2 y 3; Bulgaria, Ley de 1998, Disposiciones Adicionales, artículo 1 4); Finlandia, Ley de 2004, artículo 143;

asimismo la denegación del reingreso ya sea por un período determinado<sup>365</sup> o por un período no determinado<sup>366</sup>.

## 2. Deportación

182. El término “deportación” no ha sido utilizado de manera uniforme a nivel internacional<sup>367</sup>. En algunos casos, ha sido utilizado para designar el acto, sea que esté basado o no en una orden de expulsión, de hacer salir a un extranjero del territorio de un Estado<sup>368</sup>. En otros casos, los términos “expulsión” y “deportación” han sido utilizados indistintamente<sup>369</sup>.

183. Por consiguiente, no es sorprendente que exista la misma falta de uniformidad en el uso del término “deportación” en las leyes nacionales de los Estados. En algunos casos éste se usa para referirse a la remoción forzosa o escoltada de un extranjero del territorio del Estado<sup>370</sup>. En otros casos, el término se usa para

---

Honduras, Ley de 2003, artículo 3 5); Italia, Decreto Ley No. 132 de 1996, artículo 7 3); Kenya, Ley de 1967, artículo 8 1); Lituania, Ley de 2004, artículo 2 8); Madagascar, Decreto de 1994, artículo 33; y Federación de Rusia, Ley de 2002, No. 115-FZ, artículo 2; 3) cancelación de un visado o un permiso de tránsito (Belarús, Decisión del Consejo de 1999, artículo 5; e Irán, Ley de 1931, artículo 11; o 4) cancelación de un permiso de residencia o de estadía, o de otro permiso para permanecer en el territorio (Argentina, Ley de 2004, artículo 63; Belarús, Decisión del Consejo de 1999, artículo 5; República Checa, Ley de 1999, artículo 118; Honduras, Ley de 2003, artículo 3 6); Irán, Ley de 1931, artículo 11; y Paraguay, Ley de 1996, artículo 39.

<sup>365</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 63; Belarús, Decisión del Consejo de 1999, artículo 7, y Ley de 1998, artículo 29; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 56 1) y 3); República Checa, Ley de 1999, artículo 118; Hungría, Ley de 2001, artículo 44; Italia, Decreto Ley No. 132 de 1996, artículo 7 3); Nigeria, Ley de 1963, artículo 21 1); y Portugal, Decreto Ley de 1998, artículos 105, 126 y 126 A). Portugal impone un plazo determinado a la prohibición de reingreso cuando un extranjero que podría ser objeto de expulsión consiente voluntariamente en abandonar el Estado (Decreto Ley de 2003, artículo 126).

<sup>366</sup> Italia, Ley No. 40 de 1998, artículo 11 13), y Kenya, Ley de 1967, artículo 8 1).

<sup>367</sup> “En el derecho internacional tradicional, se hacía una distinción entre la facultad del Estado de deportar a un extranjero y su facultad de expulsar a un extranjero. La deportación significaba que se podía enviar por la fuerza al extranjero a cualquier Estado elegido por el Estado que efectuaba la deportación, en tanto que la expulsión significaba que se podía hacer salir al extranjero del territorio sin que el Estado que efectuaba la expulsión estipulara un destino particular. Aunque la diferencia técnica entre los dos procedimientos aún se mantiene, en la práctica moderna generalmente se considera que deportación y expulsión son términos intercambiables”. Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23 Washington D.C., American Society of International Law, 1992, § 12.03, pág. 90.

<sup>368</sup> Véase *Glossary on Migration*, Ginebra, Organización Internacional para las Migraciones, 2004, pág. 18, en el cual se define “deportación” como “el acto por el cual un Estado, en ejercicio de su soberanía, hace salir a un extranjero desde su territorio a un lugar determinado tras haberse denegado a éste el ingreso o haberse puesto término a su permiso de estadía”.

<sup>369</sup> Véase, por ejemplo, Principios relativos a la admisión y trato de los extranjeros (aprobados por el Comité Consultivo Jurídico Asiático-Africano en su cuarta reunión), reproducidos en el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1961, vol. II, A/CN.4/139, artículo 16, párr. 1) (“El Estado tendrá derecho a ordenar, de conformidad con sus leyes, reglamentos y decretos locales, la expulsión o la deportación de un extranjero indeseable”) y párr. 3 (“Si un extranjero cuya expulsión o deportación se ha ordenado no sale del Estado dentro del plazo señalado o si, después de salir del Estado, vuelve sin su autorización, puede ser expulsado o deportado por la fuerza, además de poder ser detenido, encarcelado y sancionado de conformidad con las leyes, reglamentos y decretos locales”). Véase también *Mohamed and Another*, nota 221 *supra* págs. 469 a 500 (“La deportación es esencialmente un acto unilateral del Estado que la realiza con el fin de deshacerse de un extranjero indeseable”).

<sup>370</sup> Belarús, Decisión del Consejo de 1999, artículo 2, y Ley de 1998, artículo 3; Brasil, Decreto de 1981, artículo 98, y Ley de 1980, artículos 57 y 61; Hungría, Ley de 2001, artículo 4 1); Irán,

referirse a la decisión o la orden por la que se pide a un extranjero que abandone el territorio del Estado, generalmente dentro de un plazo especificado<sup>371</sup>.

184. El término “deportación” se utiliza a los efectos del presente estudio para referirse a las medidas coercitivas que la autoridad nacional competente puede emplear para hacer efectiva la orden e expulsión<sup>372</sup>. Este enfoque se utiliza para facilitar la consideración de los requisitos de fondo y de procedimiento que puedan aplicarse a las medidas de deportación y los que puedan aplicarse a la ejecución de la decisión de expulsar a un extranjero. Existe también la posibilidad de que la decisión de expulsar a un extranjero se haga efectiva mediante partida voluntaria, lo que evita la necesidad de aplicar medidas coercitivas como la deportación para ejecutar la decisión<sup>373</sup>.

## V. El derecho de un Estado a expulsar a los extranjeros de su territorio

### A. La naturaleza inherente del derecho de expulsión

185. El derecho<sup>374</sup> de un Estado a expulsar a un extranjero de su territorio si la constante presencia de esa persona es contraria a los intereses del Estado, está bien establecido como cuestión de derecho internacional<sup>375</sup>. El derecho de expulsión ha

---

Ley de 1931, artículo 11; Paraguay, Ley de 1996, artículo 80; Federación de Rusia, Ley No. 15-FZ de 2002, , artículos 2 y 31; y Sudáfrica, Ley de 2002, artículo 1 1) xii).

<sup>371</sup> Nigeria, Ley de 1963, artículo 21; República de Corea, Ley de 1992, artículos 67 y 68; y España, Ley de 2000, artículo 28 3).

<sup>372</sup> Véase Karl Doehring, “Aliens, Expulsion and Deportation”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 109 a 112. “La deportación no es más que la manifestación de una política interna indicativa de las medidas adoptadas por un Estado para hacer salir de su territorio a una persona que haya ingresado ilegalmente a éste o que haya permanecido ilegalmente en él”. S. K. Agrawala, *International Law Indian Courts and Legislature*, Bombay, N. M. Tripathi Private Ltd., 1965, pág. 186. Esta definición concuerda además con la posición adoptada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, de que “se entiende por deportación el traslado de una persona fuera de los Estados Unidos, tras su exclusión o expulsión”. *Kwong Hai Chew v. Colding et al.*, Estados Unidos, Tribunal Supremo, 9 de febrero de 1953, 345 U. S. 229; 97 L. Ed. 972; 73 Sup. Ct. 603, *International Law Reports*, 1953, H. Lauterpacht (ed.), págs. 343 a 357 (nota de pie de página 1 en los ILR). Sin embargo, en las leyes de algunos Estados (Belarús, Ley de 1998, artículo 3; y Paraguay, Ley de 1996, artículo 80) se utiliza el término “expulsión” para describir la noción de “deportación” tal como se entiende en este caso.

<sup>373</sup> Véase la parte IX. A.

<sup>374</sup> Se han utilizado distintas expresiones para describir la naturaleza de la capacidad de un Estado de expulsar a los extranjeros. “Los Estados tienen el ‘derecho’, o la ‘facultad’, o ‘competencia’ para expulsar a los extranjeros”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 208. Tal vez sea necesario que la Comisión considere cuál es el término que mejor describe la naturaleza de la capacidad de un Estado para expulsar a los extranjeros tal como se entiende actualmente. Las expresiones “facultad” o “competencia” parecen haber sido utilizadas con más frecuencia en el siglo XIX y la primera parte del siglo XX cuando la capacidad de un Estado para expulsar a los extranjeros se consideraba prácticamente ilimitada. La expresión “derecho” parece haberse utilizado más frecuentemente a partir de mediados del siglo XX en relación con los esfuerzos por reconocer limitaciones de fondo y de procedimiento a la capacidad de un Estado para expulsar a los extranjeros.

<sup>375</sup> “Todos los Estados se reservan el derecho a expulsar a los extranjeros cuya estadía en su territorio constituya una amenaza al orden público”. Patrick Daillier y Alain Pellet, *Droit international public*, París, L. G. D. J., 1999, pág. 664 [original en francés]. “El derecho de los Estados a expulsar a los extranjeros está generalmente reconocido. No importa si el extranjero

sido calificado de atributo inherente a la soberanía de todos los Estados<sup>376</sup>. Ya en 1892, el Instituto de Derecho Internacional expresó la opinión de que “para cada Estado el derecho a permitir o denegar el ingreso de extranjeros a su territorio o a permitirles el ingreso condicional o a expulsarlos es una consecuencia lógica y necesaria de su soberanía y su independencia”<sup>377</sup>.

186. Varios tratados internacionales contienen disposiciones que regulan la expulsión de los extranjeros desde un punto de vista sustantivo o de procedimiento,

sólo se encuentra realizando una visita temporal, o si se ha establecido para realizar actividades profesionales o con otros fines en su territorio, y ha fijado en éste su domicilio”. Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, pág. 940 (se omiten las citas) (refiriéndose a la causa *Attorney-General for Canada v. Cain* [1906] AC 542; la decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en la causa *Harisiades v. Shaughnessy*, ILR, 19 (1952), No. 69; y la decisión del Tribunal Supremo de Birmania en la causa *Karam Singh v. Controller of Immigration* (1956), ILR, 28, pág. 311). “No hay discrepancia respecto del concepto de que todo Estado posee la facultad de expulsión, como corolario de su derecho a determinar las condiciones de ingreso a su territorio”. Lawrence Preuss, “International Law and Deprivation of Nationality”, *Georgetown Law Journal*, vol. 23, 1934, págs. 250 a 276, en especial pág. 272. “No cabe duda de que en general un Estado tiene el derecho a expulsar a los extranjeros de su territorio. Ese derecho ha sido reconocido desde hace mucho tiempo...”. Richard Plender, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pág. 459 (se omiten las citas) (refiriéndose en parte a las causas *Musgrove v. Chun Teeong Toy*, [1891] A.C. 272, y *Nishimura Ekiu v. United States*, 142 U.S. 651 (1892)).

<sup>376</sup> “La facultad de expulsar a los extranjeros descansa sobre la misma base y se justifica por las mismas razones que la facultad de excluirlos, a saber, la soberanía del Estado, su derecho de autoconservación y sus intereses públicos”. Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, Nueva York, The Banks Law Publishing Co., 1915, pág. 48. “Se considera que el derecho de un Estado a expulsar a su arbitrio a los extranjeros cuya presencia se estima indeseable es, al igual que el derecho a denegar el ingreso de extranjeros, un atributo de la soberanía del Estado, que no está limitada ni siquiera por los tratados que garantizan el derecho de residencia a los nacionales de los demás Estados contratantes (*Fong Yue Ting v. U.S.*, 149, U.S. 698 (1892)). Shigeru Oda, “The Individual in International Law”, en Max Sørensen (dir.) *Manual of Public International Law*, Nueva York, St. Martin’s Press, 1968, págs. 469 a 530, en especial pág. 482. “Normalmente los Estados, los tribunales internacionales y los tratadistas aceptan que la competencia para expulsar es un elemento concomitante necesario de las facultades del Estado con respecto a la admisión y la exclusión de los extranjeros. Con frecuencia se la justifica con referencia a los intereses públicos del Estado y como accesorio de la soberanía”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 203 (se omiten las citas). “El Estado no tiene ninguna obligación, a menos que la haya contraído en virtud de un tratado, de admitir a extranjeros en su territorio. Si los admite, puede hacerlo en los términos y con las condiciones que estime consecuentes con sus intereses nacionales. Igualmente un Estado puede deportar de su territorio a los extranjeros cuya presencia en él pueda considerar indeseable. Estos son elementos accesorios de la soberanía”. Green Gaywood Hackworth, *Digest of International Law*, vol. II, capítulos IX a XI, Washington, Government Printing Office, 1942, vol. III, pág. 717. “El derecho a expulsar a extranjeros generalmente se considera también que es un atributo o accesorio de la soberanía, y es probable que lo practiquen, en mayor o menor medida, todas las comunidades políticas”. Amos S. Hershey, *The Essentials of International Public Law and Organization*, ed. rev., Nueva York, The Macmillan Company, 1927, pág. 374 (se omiten las citas). “Tal como un Estado, en el ejercicio de su soberanía, puede permitir o denegar el ingreso de un extranjero, así también puede expulsar o deportar a un extranjero. Ese derecho es esencial para la protección del Estado y para el mantenimiento del orden público, la moral y la salud pública”. Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington D.C., American Society of International Law, 1992, pág. 89. Véase también Naciones Unidas, “Estudio sobre la expulsión de inmigrantes”, Secretaría, 10 de agosto de 1955, págs. 1 a 77 (ST/SOA.22 y Corr.2 (sustituye a Corr.1)), y Herbert W. Briggs, *The Law of Nations, Cases, Documents and Notes*, 2ª ed., Nueva York, Appleton-Century-Crofts, Inc., 1952, pág. 525.

<sup>377</sup> *Règles internationales*, nota 56 *supra*, párr. 1 del preámbulo [original en francés].

lo que confirma la existencia de ese derecho<sup>378</sup>. Además, hay numerosos casos en la práctica internacional, regional y nacional, algunos de los cuales se mencionan en la presente sección, que respaldan la existencia del derecho de un Estado a expulsar a los extranjeros.

187. El derecho de expulsión ha sido reconocido en varios laudos arbitrales internacionales y decisiones de comisiones de reclamación<sup>379</sup>. En una decisión adoptada por la Comisión Mixta de Reclamaciones Países Bajos-Venezuela en el caso *Maal*, se afirmó la naturaleza inherente del derecho de expulsión como accesorio de la soberanía del Estado. El árbitro calificó al derecho de expulsión como “uno de los atributos de la soberanía” e hizo hincapié en su función de defensa: “el derecho [de expulsión] es inherente a todas las facultades soberanas y es uno de los atributos de la soberanía, pues se ejerce legítimamente sólo en debida defensa del país contra algún peligro previsto o efectivo”<sup>380</sup>.

188. De modo similar, en el caso *Boffolo* dirimido por la Comisión Mixta de Reclamaciones Italia-Venezuela, el Comisionado venezolano expresó la opinión, compartida por el Comisionado italiano<sup>381</sup>, de que: “Todos los Estados tienen pleno derecho a expulsar a los extranjeros, derecho que dimana de su propia soberanía”<sup>382</sup>. Independientemente de que se lo califique de accesorio de la soberanía de un Estado, el derecho de expulsión fue claramente reconocido por el árbitro en el caso *Boffolo*. El árbitro se refirió a la “facultad general” de los Estados de expulsar a los extranjeros y al requisito de que esa facultad se ejerciera legítimamente. “No cabe duda de que en los gobiernos existe una facultad general para expulsar a los extranjeros, por lo menos por motivos justificados ... Sin embargo cabe tener presente de que puede haber una gran diferencia entre el derecho a ejercer una facultad y el ejercicio legítimo de esa facultad”<sup>383</sup>.

- 
- <sup>378</sup> Véase, por ejemplo, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 16 de diciembre de 1966, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, No. 4668, pág. 171, artículo 13; Convención sobre el estatuto de los extranjeros, La Habana, 20 de febrero de 1928, en Charles I. Bevans (dir.), *Treaties and other international agreements of the United States of America 1776-1949*, vol. 2: *Multilateral*, 1918 a 1930, págs. 710 a 713, artículo 6 1); Protocolo No. 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Estrasburgo, 22 de noviembre de 1984, *European Treaty Series*, No. 117, artículo 1 (el texto en su forma enmendada por el Protocolo No. 11, de 11 de mayo de 1994, se encuentra en Internet en [www.coe.int](http://www.coe.int)); Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, 22 de noviembre de 1969, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1144, No. 17955, pág. 123, artículo 22, párr. 6); Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Nairobi, 27 de junio de 1981, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1520, No. 26363, pág. 217, artículo 12, párr. 4.
- <sup>379</sup> Véase, por ejemplo, *Lacoste v. Mexico (Comisión Mexicana)*, laudo de 4 de septiembre de 1875, en John Bassett Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party*, vol. IV, págs. 3347 a 3348; y *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.
- <sup>380</sup> *Maal Case*, Comisión Mixta de Reclamaciones Países Bajos-Venezuela, 1º de junio de 1903, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, págs. 730 a 733, en especial pág. 731.
- <sup>381</sup> *Boffolo Case*, Comisión Mixta de Reclamaciones Italia-Venezuela, 1903, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, págs. 528 a 538, en especial pág. 529.
- <sup>382</sup> *Ibid.*, pág. 528.
- <sup>383</sup> *Ibid.*, págs. 531 y 532 (Ralston, Árbitro). La existencia del derecho de expulsión fue reiterada en el caso *Oliva*, en el que se hizo referencia expresa al caso *Boffolo*: “El árbitro no estima necesario examinar nuevamente los principios que rigen el derecho de expulsión. La existencia de este derecho fue reconocida y los peligros que conlleva su ejercicio fueron destacados suficientemente en el caso *Boffolo ...*”. *Oliva Case*, Comisión Mixta de Reclamaciones

189. En el caso *Paquet* dirimido por una Comisión Mixta de Reclamaciones Bélgica-Venezuela, el árbitro reconoció el derecho de expulsión aunque limitó sus funciones a la protección del orden público por parte del Estado o a la aplicación de consideraciones de carácter altamente político, en los términos siguientes: “El derecho a expulsar a los extranjeros del territorio nacional o a prohibirles la entrada a éste es un derecho generalmente reconocido ... cada Estado se reserva el ejercicio de este derecho con respecto a la persona de un extranjero si la considera un peligro para el orden público, o por motivos de carácter marcadamente político ...”<sup>384</sup>.

190. El derecho de expulsión ha sido reconocido también en decisiones de tribunales y comisiones regionales. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma el derecho de los Estados a expulsar a los extranjeros con el fin de preservar el orden público. A este respecto, el Tribunal se refiere sistemáticamente en su jurisprudencia al “interés de los ‘Estados contratantes’ en mantener el orden público, en particular ejerciendo su derecho, como cuestión de derecho internacional bien establecida y con sujeción a sus obligaciones contraídas en virtud de tratados, a controlar el ingreso, la residencia y la expulsión de los extranjeros ...”<sup>385</sup>. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos se refirió a la situación específica de los inmigrantes ilegales desde el punto de vista de su posible expulsión en los términos siguientes: “La Comisión no desea poner en duda ni pone en duda el derecho de todo Estado a iniciar una acción judicial en contra de los inmigrantes ilegales y a deportarlos a sus países de origen, si los tribunales competentes así lo deciden”<sup>386</sup>.

191. El derecho de expulsión ha sido reconocido asimismo en otros documentos adoptados a nivel internacional o regional. A este respecto, el Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados recordó en su Conclusión No. 96 “... el derecho de los Estados, con arreglo al derecho internacional, a expulsar a los extranjeros, respetando al mismo tiempo las obligaciones que les impone la normativa internacional sobre los refugiados y los derechos humanos ...”<sup>387</sup>. En 1961, el Comité Consultivo Jurídico Asiático-Africano (cuyo nombre se cambió en 2001 por el de Organización Consultiva Jurídica Asiático-Africana) aprobó un conjunto de principios relativos a la admisión y trato de los

Italia-Venezuela, 1903, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, págs. 600 a 609, en especial pág. 608 (Ralston, Árbitro).

<sup>384</sup> *Paquet Case (Expulsion)*, Comisión Mixta de Reclamaciones Bélgica-Venezuela, 1903, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IX, págs. 323 a 325, en especial pág. 325 (Filtz, Árbitro).

<sup>385</sup> *Case of Moustaquim v. Belgium*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 18 de febrero de 1991, demanda 12313/86, párr. 43. Véanse también: *Case of Vilvarajah and others v. United Kingdom*, sentencia (sobre el fondo), 30 de octubre de 1991, demandas 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 y 13448/87, párr. 102; *Case of Chacal v. United Kingdom*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 15 de noviembre de 1996, demanda 22414/93, párr. 73; *Case of Ahmed v. Austria*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 17 de diciembre de 1996, demanda 25964/94, párr. 38; *Case of Bouchelkia v. France*, sentencia (sobre el fondo), 29 de enero de 1997, demanda 23078/93, párr. 48; y *Case of H.L.R. v. France*, sentencia (sobre el fondo), 29 de abril de 1997, demanda 24573/94, párr. 33.

<sup>386</sup> Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Comunicación No. 159/96, Union Interfricaine des Droits de l’Homme, Fédération Internationale des Ligues des Droits de l’Homme, Rencontre Africaine des Droits de l’Homme, Organisation Nationale des Droits de l’Homme au Sénégal et Association Malienne des Droits de l’Homme v. Angola, *Eleventh Annual Activity Report, 1997-1998*, párr. 20.

<sup>387</sup> ACNUR, Comité Ejecutivo, Conclusión No. 96 (LIV) – 2003: Conclusión sobre el regreso de las personas que se considere que no necesitan protección internacional, 10 de octubre de 2003, párrafo 4 del preámbulo.

extranjeros, según el cual “El Estado tendrá derecho a ordenar, de conformidad con sus leyes, reglamentos y decretos locales, la expulsión o la deportación de un extranjero indeseable”<sup>388</sup>.

192. Además, el derecho de expulsión ha sido reconocido en las leyes nacionales de varios Estados<sup>389</sup>. El derecho de expulsión puede estar expresamente establecido en la constitución del Estado<sup>390</sup>. Ya a fines del siglo XIX los tribunales nacionales de diversos Estados habían reconocido también este derecho<sup>391</sup>. En 1893, el

<sup>388</sup> Principios, nota 369 *supra*, artículo 16 1).

<sup>389</sup> “Si bien actualmente se presume en términos generales que la facultad de expulsar a los extranjeros es inherente a toda nación soberana e independiente, en ningún momento estuvo muy claro si el ejercicio de esta facultad era prerrogativa de la Corona ... La facultad que existía residía en la ley, cuyo propósito parece haber sido el de promulgar la facultad, más bien que declarar su existencia continua. En la causa *Attorney-General for Canada v. Cain*, sin embargo, el Consejo Privado no puso en duda de que la Corona poseyera la facultad de expulsar incluso a un extranjero amigo del Canadá, y enviarlo de vuelta al país de donde vino ... A partir de 1905, en el Reino Unido la facultad de expulsar ha estado regulada por la ley, pero hay muchas más decisiones recientes que tienden a denotar esta vuelta a las nociones primitivas de derechos ‘soberanos’ ... Véanse los casos relativos a extranjeros enemigos: *Netz v. Chuter Ede* [1946] Ch. 224; *R. v. Bottrill, ex parte Küchenmeister* [1947] 1 K.B. 41, según Scott L.J., en especial pág. 51; véanse también las observaciones de Lord Denning M.R. en *Schmidt v. Home Secretary* [1949] 2 Ch. 149, 168-9, 171 y *R. v. Governor of Pentonville Prison, ex parte Azam* [1973] 2 W.L.R. 949, 960, 963. Cf. Opinion of the Assistant Under-Secretary of State, 1901, 6 *B.D.I.L.* 211”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 243, nota 5 (se omiten otras citas).

<sup>390</sup> Véase la Constitución de Suiza, artículo 121 2) (“Los extranjeros que pongan en peligro la seguridad del país podrán ser expulsados de Suiza” [original en francés]). “En la Constitución de los Estados Unidos no se menciona facultad alguna relativa a la remoción o el ingreso de extranjeros, pero el Tribunal Supremo ha sostenido que esa facultad es ‘un derecho inherente e inalienable de toda nación soberana e independiente, esencial para su seguridad, su independencia y su bienestar’”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 238 (se omiten las citas) (extraído de *Fong Yue Ting v. U.S.*, 149 U.S. 698, 711 (1893)).

<sup>391</sup> “Es una máxima aceptada de derecho internacional que toda nación soberana tiene la facultad, inherente a la soberanía y esencial para la autoconservación, de prohibir el ingreso de extranjeros a sus dominios, o de admitirlos sólo en los casos y en las condiciones que estime conveniente establecer”. *Nishimura Ekiu v. United States et al.*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 18 de enero de 1892, 142 U.S. 651. “Uno de los derechos de que goza la autoridad suprema de todo Estado es el derecho ... a expulsar o deportar del Estado, a su arbitrio, incluso a un extranjero amigo, especialmente si considera que su presencia en el Estado es contraria a la paz, el orden y el buen gobierno, o a sus intereses sociales o materiales”. *Att. -Gen for Canada v. Cain* [1906] A.C. 542, en especial pág. 546 (reproducido en David John Harris, *Cases and Materials on International Law*, 4ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1991, pág. 500). Véase, por ejemplo, *In re Everardo Díaz*, Supremo Tribunal Federal del Brasil, 8 de noviembre de 1919: “Es principio aceptado de derecho internacional público que el Estado tiene la facultad, como atributo de su soberanía, de expulsar de su territorio o prohibir el ingreso a éste a extranjeros perjudiciales para la seguridad social o el orden público. Se trata de un derecho de conservación, de defensa, inherente a la organización del Estado; no depende de la ley que lo reconozca; basta que la ley no prohíba su ejercicio”. (citado del *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1919-1922, Sir John Fischer Williams y H. Lauterpacht (eds.), Causa No. 179, págs. 254 a 257, en especial pág. 255); “Es un principio reconocido de derecho internacional que los extranjeros ingresan a un Estado soberano sólo si éste lo permite y tolera, y que pueden ser expulsados o deportados del Estado al arbitrio de las autoridades que ejercen la facultad soberana del Estado”. *Salebhoj v. The Controller of Immigration*, Birmania, Tribunal Supremo, 24 de enero de 1963, *International Law Reports*, volumen 36, E. Lauterpacht (ed.), págs. 345 a 350, en especial pág. 348; “Dado que el derecho a expulsar a los extranjeros indeseables así como a excluir o expulsar a los extranjeros que no cumplen las condiciones necesarias se basa en el libre ejercicio de la soberanía del Estado, es natural que no deba existir ningún motivo de apelación en contra de él”. *In re Krupnova*, Venezuela, Corte Federal y de Casación, 27 de junio de 1941, *Annual Digest and Reports of Public*



Tribunal Supremo de los Estados Unidos reconoció que el derecho de expulsión era un derecho inherente e inalienable de todo Estado, en los términos siguientes:

“El derecho de una nación a expulsar o deportar a los extranjeros que no se hayan naturalizado ni hayan hecho ninguna gestión para adquirir carta de ciudadanía del país, se basa en las mismas razones, y es tan absoluto y sin condiciones como el derecho a prohibir e impedir su entrada al país. [...] El derecho a excluir o expulsar a todos los extranjeros, o a cualquier clase de extranjeros, en forma absoluta o bajo ciertas condiciones, en tiempos de guerra o de paz, es un derecho inherente e inalienable de toda nación soberana e independiente, esencial para su seguridad, su independencia y su bienestar. [...] La facultad de excluir a los extranjeros y la facultad de expulsarlos descansan sobre una misma base, dimanando de la misma fuente, se apoyan en las mismas razones, y en realidad no son sino partes de una misma y única autoridad.”<sup>392</sup>

## B. El carácter discrecional del derecho de expulsión

193. Un Estado puede ejercer amplia discrecionalidad<sup>393</sup> para determinar si la constante presencia de un extranjero en su territorio es contraria a sus intereses y si ejercerá su derecho a expulsarlo.

“La cuestión de si un extranjero puede ser expulsado legítimamente recae dentro del ámbito de las facultades discrecionales del gobierno expulsor. Esa facultad discrecional está sujeta a limitaciones sólo en casos extremos debido a que, con arreglo al derecho internacional consuetudinario, ningún Estado tiene la obligación de albergar a extranjeros en su territorio. ... Por consiguiente, en virtud

---

*International Law Cases, 1941-1942*, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 92, pág. 309; “Tampoco [la Convención sobre el estatuto de los Extranjeros, firmada en la sexta Conferencia Internacional Americana en la ciudad de La Habana (Cuba) en el año 1928] contradice las disposiciones sobre la expulsión de extranjeros, ya que el derecho a no expulsar a una persona, aun si se trata de un indeseable, o de poner condiciones a su expulsión, según se define en el artículo 2 de la citada Ley de 1894, es un derecho soberano de cada Estado”. *Hearn v. Consejo de Gobierno*, Tribunal de Casación de Costa Rica, 17 de septiembre de 1962, *International Law Reports*, vol. 32, E. Lauterpacht (ed.), págs. 257 a 260, en especial pág. 259; “En términos generales, puede decirse que el derecho de un Estado a expulsar a los extranjeros es una consecuencia lógica y necesaria de su soberanía y su independencia, que se puede ejercer de conformidad con sus leyes o con las concesiones administrativas que desee otorgar en nombre de la ‘humanidad’ y la ‘justicia’”. *Brandt v. Attorney-General of Guyana and Austin*, Guyana, Tribunal de Apelaciones, 8 de marzo de 1971, *International Law Reports*, vol. 70, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 450 a 496, en especial pág. 455; “El Canadá, en su calidad de autoridad soberana, tiene el derecho a excluir de sus fronteras a quienes en razón de su nacionalidad o su ciudadanía no tengan derecho a ser admitidos. La facultad de excluir incluye la facultad de hacer salir a aquellos cuyo ingreso no ha sido autorizado”. *Chan v. McFarlane*, Canadá, Tribunal de Apelaciones de Ontario, 13 de junio de 1962, *International Law Reports*, vol. 42, E. Lauterpacht, (ed.), págs. 213 a 218, en especial pág. 216; y “El fundamento del derecho a expulsar a los extranjeros es el derecho a velar por la seguridad del territorio, derecho al que no se puede renunciar respecto de categoría alguna de extranjeros”. *George Talma et al., v. Minister of the Interior*, Estonia, Consejo de Estado, 14 de octubre de 1927, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1935-1937*, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 142, pág. 313.

<sup>392</sup> *Fong Yue Ting v. United States*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 15 de mayo de 1893, 149 U.S. 698, págs. 707, 711 y 713.

<sup>393</sup> “Expresiones tales como ‘discrecionalidad’ tienen por objeto comunicar la amplia autoridad que tiene un gobierno para determinar la forma en que debe tratarse una situación especificada ...” Louis B. Sohn y T. Buerghenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, pág. ix.

del derecho internacional, la libertad de los Estados en cuestiones de expulsión es prácticamente ilimitada.”<sup>394</sup>

194. En vista de las limitaciones de fondo y de procedimiento que afectan al derecho de expulsión con arreglo al derecho internacional contemporáneo, las que se examinarán a lo largo de todo el presente trabajo, parece dudoso que este derecho aún pueda considerarse “prácticamente ilimitado”. Sin embargo, los Estados poseen efectivamente un grado considerable de discrecionalidad para ejercer su derecho de expulsión, como lo confirman algunos laudos arbitrales.

195. En el caso *Maal*, el árbitro puso de relieve las “amplias facultades discrecionales” que los Estados pueden ejercer con respecto a su derecho de expulsión, en los términos siguientes: “A juicio del árbitro no cabe duda de que el Gobierno de Venezuela puede, de manera apropiada y legítima, excluir, o en caso necesario, expulsar a las personas que representen un peligro para el bienestar del país, y que puede ejercer amplias facultades discrecionales a este respecto”<sup>395</sup>.

196. En el caso *Yeager c. República Islámica del Irán*, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos señaló que los Estados, al tiempo que respetan ciertas limitaciones de fondo y de procedimiento, gozan de amplias facultades discrecionales para ejercer su derecho a expulsar a un extranjero. “Predomina la opinión de que un Estado goza de amplia discrecionalidad para expulsar a los extranjeros. Sin embargo, con arreglo al derecho internacional se garantizan ciertas normas mínimas de fondo y de procedimiento”<sup>396</sup>.

197. Las leyes nacionales de algunos Estados reconocen un elemento de discrecionalidad en la expulsión de extranjeros. Las autoridades competentes pueden gozar de discrecionalidad con respecto a la decisión de expulsar a un extranjero así como con respecto a la ejecución de la decisión<sup>397</sup>. Los tribunales

<sup>394</sup> Karl Doehring, “Aliens, Expulsion and Deportation”, en Rudolph Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 109 a 112, en especial págs. 110 y 111. “A partir de 1914 la mayoría de los Estados han ejercido amplias facultades de deportación”. Peter Malanczuk, *Akehurst’s Modern Introduction to International Law*, 7ª ed. rev. Londres/Nueva York, Routledge, 1997, pág. 261. Véase también Rainer Arnold, “Aliens”, en Rudolph Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, 1992, págs. 102 a 107, en especial pág. 104. En su quinto informe sobre la responsabilidad del Estado, el Sr. García Amador mencionó también las “amplias facultades discrecionales” de que disfrutaban los Estados a este respecto; véase Responsabilidad internacional, Quinto informe de F. V. García Amador, Relator Especial (Responsabilidad del Estado por daños causados en su territorio a la persona o los bienes de extranjeros – Medidas que afectan a los derechos adquiridos (continuación) y elementos constitutivos de la responsabilidad internacional), *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1960, vol. II, A/CN.4/125, párrs. 76 y 77.

<sup>395</sup> *Maal Case*, Comisión Mixta de Reclamaciones Países Bajos-Venezuela, 1º de junio de 1903, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, págs. 730 a 733, en especial pág. 731.

<sup>396</sup> *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, en especial pág. 106, párr. 49.

<sup>397</sup> Un Estado puede librar a la discreción de la autoridad competente: 1) la decisión de recomendar o exigir que el extranjero abandone el territorio del Estado (República de Corea, Ley de 1992, artículos 67 y 68); 2) la decisión definitiva sobre una expulsión recomendada por un tribunal (Nigeria, Ley de 1963, artículo 21); 3) el momento en que el extranjero pasará a estar en situación ilegal (Kenya, Ley de 1967, artículo 4 4); 4) la decisión de eximir a una persona o clase de personas de las leyes que se refieren a quienes no son ciudadanos (Reino Unido, Ley de 1971, artículo 8 2); 5) la forma en que se deportará al extranjero (Kenya, Ley de 1967, artículo 8 3) y 4); así como 6) la revocación de la orden de expulsión o deportación (Kenya, Ley de 1967, artículo 8 4), y Nigeria, Ley de 1963, artículo 21).

nacionales de algunos Estados también han reconocido el carácter discrecional del derecho a la expulsión<sup>398</sup>.

### C. El carácter limitado del derecho de expulsión

198. El carácter discrecional del derecho de un Estado a expulsar a los extranjeros de su territorio está sujeto a limitaciones con arreglo al derecho internacional<sup>399</sup>.

“Tal como las normas del derecho internacional regulan la facultad de los Estados para determinar qué clase de personas serán nacionales, así también se imponen limitaciones a la competencia discrecional de los Estados con respecto al ingreso y la expulsión de extranjeros. Los Estados retienen un grado variable de libertad de acción, pero las relaciones jurídicas que existen entre los Estados limitan el alcance de esas facultades y la forma de ejercerlas. Las modalidades de

<sup>398</sup> “La opinión que nos merece esta cuestión resulta reforzada por la observación del Tribunal Supremo en la causa *Kyil Chung York v. The Controller of Immigration* (1951) B.L.R. (S.C.) 197. En ella se sostuvo que todo país que extiende su hospitalidad a un extranjero puede retirarla y enviar al extranjero de vuelta a su propio país, que toda autoridad tiene el derecho a negarse a permitir que un extranjero ingrese al Estado y si permite el ingreso de un extranjero, poner las condiciones que le parezcan a ese permiso y a expulsar o deportar al extranjero del Estado a su arbitrio, y que este principio se encuentra consagrado en la sección 3 de la Ley de extranjería según la cual el Presidente puede ordenar a cualquier extranjero que salga de la Unión de Birmania.” *Sitaram v. Superintendent, Rangoon, Central Jail*, Birmania, Tribunal Supremo, 15 de febrero de 1957, *International Law Reports*, volumen 28, E. Lauterpacht (ed.), págs. 313 y 314, en especial pág. 314. Véase también *Muller v. Superintendent, Presidency, Jail, Calcutta and Others*, Tribunal Supremo de la India, 23 de febrero de 1955 “La Ley de extranjería confiere la facultad de expulsar de la India a los extranjeros. Invierte al Gobierno central de una discrecionalidad absoluta y sin restricciones y, como no existe ninguna disposición en la Constitución que limite esa discrecionalidad, el derecho ilimitado a la expulsión se mantiene.” (citado de (1958) Año 1955 I.L.R. 497, en especial pág. 498). Además, esa discrecionalidad queda también reflejada en el alcance relativamente limitado que tiene la revisión de las decisiones sobre expulsión ejercida por los tribunales nacionales en algunas jurisdicciones. Véase la parte VIII.B.9.

<sup>399</sup> “Por otra parte, si bien un Estado tiene amplias facultades discrecionales para ejercer su derecho a expulsar a los extranjeros, su discrecionalidad no es absoluta.” Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim's International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, pág. 940. El derecho a la expulsión “... no es incondicional. No se puede ejercer en forma indiscriminada o arbitraria, sino que está limitado y restringido por las obligaciones que impone al Estado el derecho internacional.” Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, Nueva York, The Banks Law Publishing Co., 1915, pág. 49 (citando a Von Bar en 13 *Clunet* (1886), 5; Bluntschli, *Droit international codifié*, párrs. 383 y 384; Rolin-Jacquemyns en 20 *RDI* (1888), 498). “La facultad de expulsión es una facultad discrecional que no es absoluta, sino que está limitada por las reglas y normas del derecho internacional [...] La facultad de expulsión es un derecho soberano, en el sentido de que corresponde a todos los Estados para su protección, pero es una facultad que está controlada y limitada, en particular por las obligaciones contraídas mediante tratados, y en términos generales por las obligaciones impuestas por el derecho internacional consuetudinario.” Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, págs. 204 y 310. “Aparentemente fue en la segunda mitad del siglo pasado [XIX] cuando los teóricos y los profesionales del derecho internacional llegaron a reconocer decididamente las limitaciones del derecho a expulsar individualmente a los extranjeros, y a discutir las expresamente.” Richard Plender, “The Ugandan Crisis and the Right of Expulsion under International Law”, *The Review: International Commission of Jurists*, No. 9, 1972, págs. 19 a 32, en especial pág. 23. “Sin embargo, en los últimos años se ha hecho cada vez más evidente que el derecho de expulsión está sujeto a considerables restricciones impuestas por el derecho internacional público. Dichas restricciones se aplican tanto en el caso de expulsiones colectivas como en el caso de expulsiones individuales.” Richard Plender, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pág. 459 (se omiten las citas).

descripción tradicionales, en el sentido de que el Estado goza de ‘derechos soberanos’ de exclusión y expulsión, tienden a exagerar la competencia y a dejar sin resolver el conflicto entre las pretensiones de jurisdicción exclusiva, por una parte, y los principios rivales de hospedaje y buena fe, por la otra. Cabe destacar que esos principios generales están respaldados por normas especiales que gobiernan el ejercicio de las facultades en cuestión, en determinadas circunstancias. La validez de una exclusión o una expulsión se debe determinar teniendo en cuenta las obligaciones del Estado, sea que éstas dimanen de la costumbre, de un tratado o de los principios generales de derecho.”<sup>400</sup>

199. En las normas de derecho internacional que gobiernan el derecho de un Estado a expulsar a los extranjeros están incluidas las condiciones tanto sustantivas como de procedimiento para la expulsión de un extranjero conforme a la ley<sup>401</sup>.

“En todos esos sentidos la facultad de expulsión es típica de las competencias que poseen los Estados con respecto al ingreso y la residencia de los extranjeros. Calificadas anteriormente de aspectos de la discrecionalidad absoluta del Estado, esas facultades están reguladas y controladas, tanto en cuanto a su fondo como a su forma, por un sistema de normas que actualmente es lo suficientemente avanzado y coherente para ser calificado de derecho internacional de las migraciones.”<sup>402</sup>

200. El derecho del Estado a expulsar extranjeros puede verse constreñido por normas tradicionales vinculadas con las relaciones entre los Estados y, también, por normas más contemporáneas vinculadas con la protección de las personas naturales.

“Expresiones tales como ‘discreción’ tienen por objeto describir la facultad amplia de un gobierno de determinar la forma en que se ha de tratar una situación

<sup>400</sup> Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 21. “Muchos de los así llamados derechos de los Estados son de carácter discrecional. En un gran número de casos, el derecho internacional confiere cierta discrecionalidad a los Estados para el ejercicio de sus derechos. Por consiguiente, los Estados gozan de cierto grado de discrecionalidad, por ejemplo, para el ejercicio del derecho a la expropiación, la delimitación de su mar territorial, la admisión y expulsión de extranjeros, y la concesión de la nacionalidad. Sin embargo, tal como en el derecho interno, el ejercicio de esas facultades discrecionales no carece de limitaciones, y se debe ajustar a fines legítimos.” B. O. Ilyomade, “The Scope and Content of a Complaint of Abuse of Right in International Law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 16, No. 1, 1975, págs. 47 a 92, en especial págs. 82 y 83.

<sup>401</sup> “En otros tiempos la expulsión, ya fuera colectiva o individual, se realizaba libremente ... La expulsión individual, aunque todavía se practica y aunque los Estados alegan que es un derecho inherente a la soberanía, también está sujeta a limitaciones, mediante una ley o un tratado, tanto en lo que respecta a las causas que la justifican como a la forma de ejercerla.” Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, Nueva York, The Banks Law Publishing Co., 1915, pág. 49. Véase también *In re Watemberg*, Consejo de Estado, 13 de diciembre de 1937, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1938-1940, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 137, págs. 384 a 386: “Al proceder en esa forma, el Consejo no hizo sino adaptar su juicio a la práctica jurídica que se ha venido estableciendo de conformidad con el desarrollo de las relaciones internacionales, en el sentido de que la expulsión de un extranjero, que era un derecho absoluto con arreglo a la ley territorial, ha sufrido limitaciones que afectan tanto al aspecto formal como al contenido de esa facultad. Lo que la ley y la costumbre dejaban librado al arbitrio del Jefe de Estado ... se ha convertido actualmente en una cuestión de control jurisdiccional, que exige que el Gobierno funcione con arreglo a ciertas normas o en el marco de los requisitos de un tratado —en resumen, que se someta al régimen jurídico.” (citado de (1942) Años 1938-1940, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, págs. 384 y ss., en especial pág. 385).

<sup>402</sup> Richard Plender, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pág. 477.

determinada, en tanto que las frases que contienen la palabra ‘arbitrario’ indican que hay un límite a la discreción del funcionario y que un acto arbitrario constituye, en verdad, un abuso de esa discreción. Las normas, pues, definen tanto las facultades del Estado como los límites de su autoridad y brindan protección a las personas contra el abuso de esa autoridad. Algunas de las Normas Rectoras destacan ese aspecto del derecho y su función para proteger los derechos humanos fundamentales de las personas doquiera éstas vayan; también dejan en claro que el estatuto de extranjería no se puede invocar para privar a las personas de sus derechos humanos. Otras Normas Rectoras plasman el método más tradicional del ordenamiento jurídico internacional por cuanto se concentran en las relaciones entre los Estados y en sus respectivos derechos y obligaciones.”<sup>403</sup>

## VI. Limitaciones generales del derecho de un Estado a expulsar extranjeros

### A. Limitaciones tradicionales

#### 1. Prohibición del abuso de derecho

201. Los límites del derecho de un Estado a expulsar extranjeros han evolucionado a lo largo del tiempo. En los siglos XIX y XX el derecho a expulsar extranjeros estaba limitado principalmente por normas generales sobre: 1) la prohibición del abuso de derecho; 2) el principio de la buena fe, 3) la prohibición de adoptar medidas arbitrarias, y 4) el trato de los extranjeros.

202. El concepto de abuso de derecho se refiere al ejercicio que hace un Estado en forma ilegítima de una facultad que de otro modo sería legítima<sup>404</sup>. Los orígenes de la

<sup>403</sup> Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, págs. ix y x.

<sup>404</sup> “La doctrina del abuso de derecho desempeña un papel relativamente pequeño en el derecho interno, no porque el derecho la ignore, sino porque ha cristalizado sus manifestaciones típicas en disposiciones y prohibiciones concretas. En el campo del derecho internacional, en el que el proceso de creación expresa o judicial del derecho todavía se encuentra en una etapa rudimentaria, el derecho de los delitos y cuasidelitos civiles se limita a principios muy generales y, por lo tanto, el papel que la doctrina del abuso de derecho está llamada a jugar resulta particularmente importante”, Hersch Lauterpacht (ed.), *The Function of Law in the International Community*, Oxford, Clarendon Press, 1933, pág. 298. “Cualquier norma que prohíba el abuso de derecho se funda en la facultad discrecional de alguna persona y no puede existir con independencia de ella. [...] En líneas generales, esa estructura es muy similar a la del *abus du droit* del derecho privado francés. No puede examinarse cualquier ‘derecho’ para determinar si es susceptible de ejercerse abusivamente, sino sólo aquellos que pueden sufrir limitaciones en virtud de la razón por la cual se ejercen”, G.D.S. Taylor, “The Content of the Rule Against Abuse of Rights in International Law”, *British Year Book of International Law*, Londres, Oxford University Press, 1972-1973, págs. 323 a 352, en especial págs. 350 y 352. “En conclusión, puede decirse que la doctrina es un instrumento útil en el desarrollo progresivo del derecho, pero que, como principio general, no existe en el derecho positivo. En efecto, no está claro si sería conveniente reconocerla como teoría provisional, dado que ello alentaría el desarrollo de doctrinas sobre la relatividad de los derechos y generaría inestabilidad fuera del ámbito judicial”, Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, pág. 52 (se omite la cita). “En el derecho internacional, el abuso de derecho se refiere a un Estado que ejerce un derecho, sea de un modo que impide el ejercicio a otros Estados de sus propios derechos o con un fin distinto de aquel para el que ese derecho fue creado y en detrimento de otro Estado. [...] Varios autores han destacado que la prohibición del abuso de derecho es un concepto evolutivo. Los conflictos en los que se invoca o en los

doctrina del abuso de derecho pueden encontrarse en el derecho romano<sup>405</sup>. Se ha dicho que la prohibición del abuso de derecho es inherente al “concepto general” del derecho<sup>406</sup>. La doctrina ha sido descrita en lo sustancial de la siguiente manera:

“La doctrina significa esencialmente que, así como la comunidad otorga derechos, no puede condonar que se ejerzan de modo antisocial y que un derecho que hasta entonces era legítimo se vuelve ilegítimo cuando degenera y se ejerce abusivamente, lo que ocurre cada vez que se menoscaba el interés general de la comunidad como consecuencia de haberse sacrificado un interés social o individual importante por un derecho individual menor, aunque reconocido hasta entonces por el ordenamiento jurídico. La cuestión de la culpa o intención subjetivas puede ser pertinente para determinar si se han ejercido esos derechos abusivamente, aunque ello no siempre es así.”<sup>407</sup>

que es probable que haya existido pueden llevar a esos Estados a adoptar normas específicas para resolver el problema en el futuro. En un sentido general, el interés por evitar esos conflictos puede tener como consecuencia el surgimiento, en el largo plazo, de nuevas normas consuetudinarias ...”, Alexandre Kiss, “Abuse of rights”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 4 a 8, en especial págs. 4 y 8. Véase también: Nicolas-Socrate Politis, “Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l’abus des droits dans les rapports internationaux”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, vol. 6, 1925-I, págs. 1 a 121, y Responsabilidad internacional, nota 394 *supra* y párrs. 70 a 78.

<sup>405</sup> “El concepto del abuso de derecho es la negación de una concepción rígida del derecho internacional y del derecho en general, que se sintetiza en la máxima *neminem laedit qui suo jure utitur*, que significa que nadie puede dañar a otro con el ejercicio de un derecho propio. *Summum jus*, la aplicación estricta del derecho, puede convertirse entonces en *summa injuria*, un grado máximo de injusticia. El principio del derecho romano, *sic utere jure tuo ut alienum non laedas*, que ordena ejercer los derechos individuales de modo de no dañar a terceros, constituye, por lo tanto, el fundamento mismo del concepto del abuso de derecho. La violación clara de una obligación específica existente no puede constituir abuso de derecho, dado que en ese caso el Estado que actúa no tiene ninguno. Por lo tanto, no debería confundirse el abuso de derecho con situaciones en las que un Estado actúa *ultra vires*, dado que en este último caso ha excedido los límites de su derecho, es decir, no tiene derecho alguno”, Alexandre Kiss, “Abuse of rights”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, 1992, vol. 1, págs. 4 a 8, en especial págs. 4 y 5.

<sup>406</sup> Véase Patrick Daller y Alain Pellet, *Droit international public*, París, L.G. D. J., 1999, pág. 349. Los autores citan la prohibición del abuso de derecho entre los principios “vinculados al concepto general del derecho”.

<sup>407</sup> Hersch Lauterpacht (ed.), *The Function of Law in the International Community*, Oxford, Clarendon Press, 1933, pág. 286. “La doctrina dice esencialmente que, aunque un Estado puede tener el derecho de actuar de cierta manera en sentido estricto, no debe ejercer ese derecho abusivamente, sino que debe ejercer sus derechos de buena fe y con sentido de la responsabilidad; debe haber *bona fide* en las razones que llevan al Estado a actuar de ese modo y no debe comportarse en forma arbitraria o caprichosa”, Gerald G. Fitzmaurice, “The Law and Procedure of the International Court of Justice: General Principles and Substantive Law”, *British Year Book of International Law*, vol. 27, 1950, págs. 1 a 41, en especial págs. 12 y 13. “Ya se ha hecho referencia a la mala fe, la deshonestidad —éstas, obviamente, constituyen principios autónomos— la irrazonabilidad, las circunstancias extrínsecas, la violación de normas de orden público y situaciones semejantes, según las circunstancias de cada caso, como cuestiones que son pertinentes a este tema ... Es cierto que la discrecionalidad debe ejercerse razonablemente ... Por ejemplo, una persona a quien se otorga un poder discrecional debe, por así decirlo, conducirse apropiadamente desde el punto de vista jurídico. Debe tener en cuenta las cuestiones que debería considerar y dejar de lado lo que no sea pertinente. Si no respeta esas normas, se puede decir, y a menudo se dice, que actúa ‘irrazonablemente’. Asimismo, pueden darse situaciones tan absurdas que ninguna persona razonable pensaría jamás que están comprendidas entre sus facultades”, voto de Lord Green M. R. en *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation*, [1948] 1 K.B. 223, págs. 228 a 229. “Traducido a la solución de conflictos internacionales, la ciencia jurídica es suficientemente coherente como para que se pueda

203. Existen diferentes opiniones sobre el alcance del reconocimiento que tiene este concepto como tema de derecho internacional<sup>408</sup>. Los autores que creen que el concepto existe en el derecho internacional destacan que se ha citado en procesos judiciales y arbitrales, que aparece en los votos disidentes de los jueces y que se reconoce en los sistemas jurídicos nacionales de muchos países<sup>409</sup>. En cambio, los

---

sentar un principio general que prohíba el abuso de derecho en el derecho internacional. Del contenido de las categorías del derecho administrativo inglés puede inducirse un principio general: ninguna persona puede, según el derecho internacional, ejercer una facultad en virtud de una razón, real o inferida, que sea contraria al fin o fines para los que el derecho internacional entendió que esa facultad sería ejercida”, G.D.S. Taylor, “The Content of the Rule Against Abuse of Rights in International Law”, *British Year Book of International Law*, Londres, Oxford University Press, 1972 a 1973, págs. 323 a 352, en especial pág. 352. “Parece que la provocación de un daño como consecuencia del abuso de derecho es un elemento fundamental en la aplicación de ese principio. [...] Por supuesto, también debe cumplirse la segunda condición para que exista responsabilidad internacional, es decir, que la conducta sea atribuible al Estado en cuestión. Sin embargo, no parece que se requiera la intención de dañar a otros Estados: en ese sentido, puede considerarse suficiente que los derechos, competencias o facultades discrecionales se ejerzan de manera arbitraria o de un modo que ocasione un perjuicio”, Alexandre Kiss, “Abuse of rights”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 4 a 8, en especial págs. 7 y 8.

<sup>408</sup> “En general, puede considerarse que el derecho internacional prohíbe el abuso de derecho. Sin embargo, esa prohibición no parece gozar de aceptación unánime en el derecho internacional general...” Alexandre Kiss “Abuse of rights”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 4 a 8, en especial pág. 5. En un caso, por lo menos, un tribunal nacional aparentemente reconoció la aplicabilidad de la doctrina del abuso de derecho en relación con las expulsiones en el derecho internacional. Véase *Re Th. y D.*, Consejo de Estado, 16 de marzo de 1953, *International Law Reports*, 1951, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 92, págs. 301 y 302, en especial pág. 302 “[Al cesar los efectos del acuerdo internacional, el] Gobierno de Egipto recuperó todos sus derechos soberanos en relación con la expulsión de los extranjeros, y no está sujeto a injerencias en este sentido siempre que no se ejerzan sus facultades abusivamente o se viole la ley”.

<sup>409</sup> “La prohibición del abuso de derecho constituye un principio general del derecho”, Hersch Lauterpacht (ed.), *The Function of Law in the International Community*, Oxford, Clarendon Press, 1933, pág. 298. “La Corte no ha sostenido la doctrina del abuso de derecho, que es consecuencia de que los Estados o gobiernos no ejerzan sus derechos de buena fe y con la debida consideración de las consecuencias de ejercerlos de ese modo. Sin embargo, la doctrina figura en un lugar destacado en varios votos de los jueces, disidentes o por separado...”, Gerald G. Fitzmaurice, “The Law and Procedure of the International Court of Justice: General Principles and Substantive Law”, *British Year Book of International Law*, vol. 27, 1950, págs. 1 a 41, en especial pág. 12. “Son relativamente pocos los especialistas que se han detenido a estudiar la aplicabilidad de la doctrina del ‘abuso de derecho’ en las relaciones internacionales. Pero los que lo han hecho en su mayoría han llegado a la conclusión de que la doctrina no sólo puede y debe ser aplicada para resolver determinadas situaciones, sino que la práctica misma ofrece antecedentes suficientes para demostrar su aplicabilidad. [...]. El examen de la práctica internacional, especialmente a través de la jurisprudencia de los tribunales y las comisiones de reclamaciones, revela en forma inequívoca que, al menos, el principio en sí de la prohibición del abuso de derecho es aplicable en las relaciones internacionales”, Responsabilidad internacional, nota 394 *supra*, párrs. 70 y 73. Véase también Francisco V. García-Amador, *The Changing Law of International Claims*, vol. I, Nueva York, Oceana Publications, 1984, págs. 108 a 113. “Quien escribe tampoco ha encontrado una sentencia de un tribunal internacional en que la atribución de responsabilidad se haya fundado expresamente en el abuso de derecho. Sin embargo, el hecho de que el concepto haya sido invocado a menudo sugiere claramente que desempeña un papel muy útil en el contexto de la responsabilidad internacional”, B. O. Iluyomade, “The Scope and Content of a Complaint of Abuse of Right in International Law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 16, No. 1, 1975, págs. 47 a 92, en especial pág. 92. “La mayoría de esos autores llegaron a la conclusión de que en los países con sistemas jurídicos basados en el derecho romano, europeos o no, y en los países socialistas, el abuso de derecho estaba prohibido, al igual que el *détournement de pouvoir*. En cuanto a los países de derecho anglosajón, se sostuvo que, aunque un fallo en un caso determinado pueda fundarse en

autores que sostienen lo contrario arguyen que nunca se ha tomado como fundamento de una sentencia o laudo en los casos en que ha sido invocado<sup>410</sup>. En ese sentido, se ha destacado el problema de la carga de la prueba<sup>411</sup> y la dificultad de articular una definición precisa de la noción del abuso del derecho<sup>412</sup>. Ello ha conducido

los principios del derecho que rige los delitos civiles y los cuasidelitos, cuando un tribunal examina los motivos de quien actúa, la teoría jurídica aplicable no se distingue de la del abuso de derecho. Se sostuvo que ello va en apoyo de la afirmación de que la teoría está aceptada en el derecho privado de los países de derecho anglosajón ... Algunos han concluido que, dado que son muchos los países en los que se conoce el concepto del abuso de derecho, puede decirse que se trata de un principio general del derecho”, Alexandre Kiss, “Abuse of rights”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 4 a 8, en especial pág. 6. “Las decisiones de algunos tribunales internacionales y la práctica de varios Estados muestran que el principio del abuso de derecho se ha aceptado como parte del derecho internacional y que los Estados pueden invocar el principio para fundar un reclamo internacional y a menudo lo hacen”, B.O. Ilyomade, “The Scope and Content of a Complaint of Abuse of Right in International Law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 16, No. 1, 1975, págs. 47 a 92, en especial pág. 72.

<sup>410</sup> “Quien escribe tiene reservas con respecto a la función exacta que cumple la doctrina del abuso de derecho como principio independiente y necesario. Es importante destacar que estamos ante una petición de principios: para ser útil la doctrina debe presuponer que la validez jurídica del ejercicio de una facultad o derecho depende de ciertos fines”, Ian Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility*, Parte I, Oxford, Clarendon Press, 1983, pág. 70. Véase también Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6ª. ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, págs. 429 y 430. “Sin embargo, ninguna sentencia judicial ni laudo arbitral internacional se ha fundado explícitamente hasta ahora en la prohibición del abuso de derecho. El principio se ha invocado en muchos casos para fundar una posible condena por la violación del derecho internacional, pero sin que haya sido efectivamente aplicado con esa finalidad”, Alexandre Kiss, “Abuse of Rights”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 4 a 8, en especial pág. 6. “La doctrina del abuso de derecho ha tenido poco reconocimiento en los tribunales internacionales y no se ha utilizado explícitamente para fundar la responsabilidad”, Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 210.

<sup>411</sup> “El problema de la prueba de que un derecho se ha ejercido abusivamente es fundamental. En los dos casos en los que la CPJI se refirió a la posibilidad de que se hubiera incurrido en abuso de derecho se destacó que la Corte no podía presumir que había existido ese abuso (*German Interests Case*, CPJI, Serie A, No.7, pág. 30, y *Free Zones Case*, CPJI, Serie A/B, No. 46, pág. 167). En la causa *German Interests* la Corte sostuvo además que la carga de la prueba correspondía a la parte que alegaba el abuso de derecho”, Alexandre Kiss, “Abuse of Rights”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 4 a 8, en especial pág. 8. “Quizás haya sido la dificultad de probar el abuso de derecho lo que haya impedido que los Estados invocaran ese concepto, incluso en casos en los que el abuso de derecho parecía obviamente aplicable”, B. O. Ilyomade, “The Scope and Content of a Complaint of Abuse of Right in International Law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 16, No.1, 1975, págs. 47 a 92, en especial pág. 91.

<sup>412</sup> “Nunca se logró elaborar una definición exhaustiva del abuso de derecho ...”, Frederick A. Mann, “Money in Public International Law”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 96, 1959-I, págs. 7 a 124, en especial pág. 93. “Sin embargo, incluso entre los autores que aceptan el principio de la prohibición del abuso de derecho no hay acuerdo sobre el análisis de su significado y base teórica. Esa divergencia de opinión deriva al menos en parte de las distintas formas en que el ejercicio de un derecho puede causar perjuicios a otro Estado y constituir *summa injuria*. [...] La idea de que un sujeto con derechos y facultades pueda usarlos indebidamente parece ser inherente al pensamiento jurídico y tener fundamento en todos los sistemas jurídicos y conduce al establecimiento de controles sobre cómo deben ejercerse los derechos reconocidos. Sin embargo, la prohibición del abuso de derecho en derecho internacional presenta problemas dado que varía el contenido del propio concepto: efectivamente, es posible que comprenda un conflicto de derechos soberanos, el ejercicio arbitrario de competencias o facultades discrecionales o un *détournement de pouvoir*”, Alexandre Kiss, “Abuse of rights”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 4 a 8, en especial págs. 6 y 8. Véase también B. O. Ilyomade, “The Scope and Content of a Complaint of Abuse of Right in International Law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 16, No. 1, 1975, págs. 47 a 92.



a muchos autores a dudar de su utilidad o recomendar que se aplicara con cautela<sup>413</sup>.

204. Asimismo, ha habido divergencias en las opiniones vertidas en la Comisión de Derecho Internacional sobre la utilidad del concepto de abuso del derecho. En 1960 García Amador presentó su quinto informe como Relator Especial sobre el tema de la responsabilidad del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros, en el que dijo que el concepto de abuso de derecho podía cubrir las lagunas y la falta de precisión de las normas de derecho internacional.

“Sería inútil negar que el derecho internacional, en un grado infinitamente mayor que el derecho interno, constituye un sistema nominativo pleno de lagunas y de imprecisiones, que esto ocurre tanto en el derecho consuetudinario como en el derecho convencional o escrito, y que estas lagunas e imprecisiones se presentan prácticamente en todas las materias objeto de este ordenamiento jurídico.

Abundando en lo que antecede, es natural que se convenga que la más amplia esfera de aplicación de la doctrina del abuso del derecho corresponde a las llamadas ‘materias no reguladas’, es decir, a las que ‘son esencialmente de la jurisdicción interna’ de los Estados ... El ejemplo que usualmente se ofrece es el derecho del Estado a expulsar extranjeros ...”<sup>414</sup>

205. En 1973, en cambio, Roberto Ago, el nuevo Relator Especial para el tema de la responsabilidad de los Estados, sostuvo que no era necesario tener en cuenta el concepto del abuso de derecho en relación con este tema.

“En lo que se refiere al abuso del derecho, la Comisión decidió, en su 22º período de sesiones, ocuparse más adelante de esta cuestión. Por su parte, el Relator Especial sigue opinando que la Comisión no necesita examinar el fondo del problema, porque si bien hay situaciones de derecho internacional en las que el ejercicio de un derecho está sujeto a límites, ello se debe a que hay una norma que impone la obligación de no rebasar dichos límites. En otras palabras, el ejercicio abusivo de un derecho constituiría en tal caso incumplimiento de una obligación. Por lo tanto, la afirmación del principio de que el hecho internacionalmente ilícito

<sup>413</sup> “Algunos autores reconocidos dudan de la importancia del principio en las relaciones internacionales o sostienen que no es suficientemente preciso como para que tenga aplicación práctica”, Alexandre Kiss, “Abuse of rights”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 4 a 8, en especial pág. 6. “Los ejemplos de las aplicaciones posibles de la doctrina del abuso de derecho, a los que se hace referencia más arriba, muestran al mismo tiempo que es elástico y general dado que, en teoría, no existe ninguna cuestión que pueda caer normalmente dentro de la jurisdicción exclusiva de un Estado a la que no pueda aplicarse la prohibición del abuso de derecho”, Hersch Lauterpacht (ed.), *The Function of Law in the International Community*, Oxford, Clarendon Press, 1933, pág. 304. “Determinar en qué punto el ejercicio de un derecho ha degenerado y se ha convertido en el ejercicio abusivo de un derecho es una cuestión que no puede decidirse mediante la aplicación de una norma legislativa abstracta, sino sólo mediante la acción de los tribunales que fijan los límites en cada caso concreto. [...] Estos son los modestos comienzos de una doctrina que tiene mucho potencial y que otorga un poder considerable a los tribunales, que no carece de cierto carácter legislativo. No existe derecho alguno, por más establecido que se encuentre, que no pueda rechazarse, en algunas circunstancias, con el argumento de que se ha ejercido abusivamente. Por lo tanto, la doctrina del abuso de derecho es un instrumento que debe utilizarse con una moderación calculada, con independencia de las otras razones que exigen cautela en la administración de la justicia internacional”, Hersch Lauterpacht (ed.), *The Development of International Law by the International Court*, Londres, Stevens & Sons Limited, 1958, págs. 162 y 164. Véase también Georg Schwarzenberger, *International Law and Order*, Londres, Stevens & Sons, 1971, pág. 88.

<sup>414</sup> Responsabilidad internacional, nota 394 *supra*, párrs. 76 y 77.

se consideraba como un incumplimiento de una obligación es suficiente para abarcar el supuesto del abuso del derecho.”<sup>415</sup>

206. Es posible que la prohibición del abuso de derecho haya gozado de una mayor aceptación como tema de derecho internacional hacia fines del siglo XX. Por ejemplo, aparece en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982<sup>416</sup>. El concepto de abuso de derecho y la pertinencia de invocarlo en relación con la expulsión de extranjeros se han explicado más recientemente de este modo:

“Otra restricción que pesa en general sobre la libertad de acción de la que goza un Estado en razón de su independencia y supremacía personal y territorial es la prohibición de abusar de un derecho que posee en virtud del derecho internacional. Ese abuso ocurre cuando un Estado ejerce su derecho en forma arbitraria de modo de infligir a otro Estado un daño que no puede justificarse sobre la base del beneficio legítimo que le produce el ejercicio de ese derecho. Por lo tanto, los tribunales internacionales han sostenido que un Estado puede incurrir en responsabilidad por la expulsión arbitraria de extranjeros.”<sup>417</sup>

207. La facultad de un Estado de expulsar extranjeros es uno de los ejemplos más comunes de un derecho que puede ejercerse ilegalmente y constituir un abuso, cuando habría sido lícito si se hubiera ejercido de otro modo<sup>418</sup>.

<sup>415</sup> Declaración de Roberto Ago en relación con la presentación de su proyecto de artículos, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1973, vol. I, Actas resumidas, 1205ª sesión, párr. 12.

<sup>416</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Montego Bay, 10 de diciembre de 1982, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1834, No. 31363, pág. 397, pág. 3, artículo 300: “Los Estados Partes cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas de conformidad con esta Convención y ejercerán los derechos, competencias y libertades reconocidos en ella de manera que no constituya un abuso de derecho”.

<sup>417</sup> Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim's International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (introducción y parte 1), 1996, pág. 407 (se omiten las citas).

<sup>418</sup> “Un examen más profundo muestra que el concepto de abuso de derecho puede aparecer en tres situaciones jurídicas distintas. En el primer caso, el Estado ejerce sus derechos de modo de impedir a otro Estado el goce de sus propios derechos y, como consecuencia, este último sufre un perjuicio ... En el segundo caso, se ejerce un derecho intencionalmente para un fin distinto del fin para el que el derecho fue creado, con el resultado de que se produce un daño. Este es el concepto del *détournement de pouvoir*, bien conocido en la práctica administrativa del derecho interno de los Estados. Se lo ha encontrado en la práctica general entre Estados ... En el tercer caso, el ejercicio arbitrario por un Estado de sus derechos que causa un daño a otros Estados sin violar claramente los derechos de éstos también constituye un abuso de derecho. A diferencia de la situación precedente, no es necesario que exista mala fe o la intención de causar un perjuicio para que se constituya este supuesto. Están en juego objetivos más amplios relativos a la función social del derecho que se ha ejercido, por ejemplo, en el caso de medidas injustificadas, y hasta ilegales, aplicadas a extranjeros, incluidas la expulsión o la expropiación arbitrarias [...] La práctica entre Estados y los procedimientos judiciales internacionales muestran que las principales esferas en las que se han alegado abusos de derecho son ... el trato de los extranjeros en general, y específicamente, la expulsión de extranjeros y las violaciones de sus derechos de propiedad”, Alexandre Kiss, “Abuse of rights”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 4 a 8, en especial págs. 5 y 7. “Sin embargo, el derecho de expulsar o deportar ... debe ejercerse de conformidad con los principios generalmente aceptados del derecho internacional ... y los acuerdos internacionales aplicables ... Por lo tanto, al ejercer el derecho de expulsar o deportar un Estado debe respetar las garantías procesales, nacionales e internacionales ... sus funcionarios no deben ... ejercer abusivamente las facultades que les otorga el derecho nacional ...”, Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, pág. 89. Véase también Rainer Arnold, “Aliens”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, 1992, págs. 102 a 107, en especial pág. 104, y Karl Doehring, “Aliens, Expulsion and

“Sin embargo, mucho antes de que apareciera la doctrina del abuso de derecho se aplicó en lo sustancial en varios casos en los tribunales internacionales. Puede citarse como ejemplo la posición que han adoptado los tribunales con respecto al supuesto derecho del Estado anfitrión de expulsar extranjeros en ejercicio de una facultad absolutamente discrecional. Más de un autor ha sostenido que existe ese derecho absoluto. Así, por ejemplo, Oppenheim sostiene que un Estado puede expulsar a cualquier extranjero a discreción y que la expulsión de un extranjero sin justa causa no puede constituir un ilícito desde el punto de vista jurídico. Sería difícil confirmar esta opinión en la práctica de los tribunales internacionales que han tenido que decidir casos de expulsiones ilícitas e indiscriminadas. En la gran mayoría de los casos, aunque han admitido, en términos generales, el derecho de los Estados de expulsar extranjeros, los tribunales internacionales destacaron al mismo tiempo las limitaciones de ese derecho, tanto con respecto a la expulsión en sí misma como al procedimiento aplicable ... La principal característica de esos laudos es que en ellos se sostiene que el derecho indiscutido de expulsión degenera y pasa a constituir un abuso de derecho cada vez que se expulsa sin causa justificada a un extranjero a quien se ha permitido residir en el país, instalar un negocio o establecer su hogar, y que el ejercicio abusivo de un derecho constituye un ilícito que implica la obligación de reparar el daño.”<sup>419</sup>

208. Se ha sugerido que el concepto de abuso de derecho puede ser una guía útil para determinar las limitaciones del derecho de expulsión aún cuando el abuso de derecho no está establecido como principio de derecho internacional.

“Las referencias que se hacen a la función, la finalidad y la buena fe del Estado que expulsa al extranjero invitan a examinar la doctrina del abuso de derecho. Esa doctrina no es sino otro aspecto de la cuestión general: si el derecho de expulsión es ilimitado o si cuando existe la intención de causar un perjuicio deja de constituir el ejercicio de una potestad y pasa a ser ilegítimo. Por ejemplo, el ‘derecho’ de expulsión puede ejercerse con la intención de extraditar a una persona *de facto* o expropiar los bienes de un extranjero, o incluso llevar a cabo un genocidio, como ocurre con las expulsiones en masa a través de las fronteras en el desierto. En muchos casos, el ejercicio de esa potestad no puede verse afectado por el fin ulterior e ilegal.

Se sigue discutiendo incluso si la doctrina del abuso de derecho existe en el derecho internacional. En los casos en que la libertad de acción de los Estados ya se encuentra limitada por el derecho consuetudinario o convencional quizás la doctrina tenga poca importancia; aunque es cierto que las normas consuetudinarias o convencionales a menudo no regulan el ingreso ni la expulsión de extranjeros y en ese caso la doctrina puede ser útil. El abuso de derecho puede darse, entonces, cada vez que un Estado ejerce sus facultades de modo de infligir un daño a otro Estado que no puede justificarse por una consideración legítima de su propio beneficio; es decir, cuando sus acciones, aunque lícitas en sentido estricto, están teñidas de mala fe. Si bien es posible que esta descripción resulte ambigua, puede entenderse que la doctrina contiene básicamente dos elementos: el reconocimiento de ciertos derechos de los Estados y el ejercicio de esos derechos de un modo que constituye una violación de normas fundamentales ...

Deportation”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, 1990, vol. 1, 1992, págs. 109 a 112.

<sup>419</sup> Hersch Lauterpacht (ed.), *The Function of Law in the International Community*, Oxford, Clarendon Press, 1933, pág. 289 (en referencia al caso *Boffolo* y otros laudos arbitrales) (se omiten las citas).

[...]

Aunque no puede afirmarse que la doctrina exista como principio general de derecho positivo, el concepto de abuso del derecho sigue siendo útil para centrar la atención en las intenciones que motivan la expulsión y la forma de llevarla a cabo.”<sup>420</sup>

209. Se han expresado también distintas opiniones<sup>421</sup> sobre si es útil examinar el concepto de abuso del derecho en relación con la expulsión de extranjeros como distinto del concepto de la buena fe<sup>422</sup>, la

<sup>420</sup> Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 209 y 212 (se omiten las citas).

<sup>421</sup> “Hace tiempo que se ha aceptado en teoría, como principio de derecho internacional, que ninguna persona puede ejercer sus derechos abusivamente”, G. D.S. Taylor, “The Content of the Rule Against Abuse of Rights in International Law”, *The British Year Book of International Law*, Londres, Oxford University Press, 1972-1973, págs. 323 a 352, en especial pág. 323. “Sin embargo, no está establecida en absoluto la medida en que puede aplicarse la doctrina, todavía controvertida, de la prohibición del abuso de derecho”, Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (introducción y parte 1), 1996, pág. 408 (se omite la cita). “Si el argumento del *abus de droit* como causa de la acción parece dejar en segundo plano otras normas, como las que establecen el trato mínimo que debe darse a las personas o la no discriminación, ello se debe a la creencia de que, en la mayoría de los casos que se dan en la práctica internacional, esas normas se funden con las del *abus de droit* y, por lo tanto, se ven sustituidas por esta doctrina que, al estar fundada en un principio importante de derecho, constituye una buena base para fundar la responsabilidad por la comisión de hechos ilícitos”, Frederick A. Mann, “Money in Public International Law”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, vol. 96, 1959-I, págs. 7 a 124, en especial págs. 92 y 93. “Por lo tanto, la existencia de principios jurídicos semejantes o idénticos no lleva forzosamente a la conclusión de que el abuso de derecho no existe o es redundante. Las distintas doctrinas o teorías sobre la reparación del daño se complementan recíprocamente. En muchos casos el abuso de derecho puede ser más útil para evaluar las circunstancias fácticas que rodean el ejercicio de un derecho, potestad o facultad discrecional”, B. O. Iluyomade, “The Scope and Content of a Complaint of Abuse of Right in International Law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 16, No. 1, 1975, págs. 47 a 92, en especial pág. 90.

<sup>422</sup> “Otros [autores distinguidos] consideran que [el principio del abuso de derecho] carece de valor como norma independiente y afirman que consiste esencialmente en la aplicación de otros conceptos indiscutibles, como la buena fe, la razonabilidad, los principios de la buena vecindad e incluso la equidad”, Alexandre Kiss, “Abuse of Rights”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 4 a 8, en especial pág. 6. “A veces algunos jueces de la Corte Internacional de Justicia se han referido a él [al abuso de derecho]; [el abuso de derecho] se encuentra posiblemente implícito en la afirmación frecuente de los jueces de que los Estados tienen la obligación de actuar de buena fe”, Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (introducción y parte 1), 1996, págs. 407 y 408 (en referencia al magistrado Azevedo en el asunto de las *Condiciones de admisión*, *I.C.J. Reports* (1948), págs. 79 y 80; el magistrado Álvarez en el asunto de la *Competencia de la Asamblea General para admitir a un Estado*, *I.C.J. Reports* (1950), pág. 15; el magistrado Anzilotti en el la causa relativa a la *Compañía de Electricidad de Sofía*, Serie A/B, No. 77, pág. 88, así como el voto conjunto en disidencia en el asunto de las *Condiciones de admisión*, *I.C.J. Reports* (1948), págs. 91 a 92. “Puede decirse que la buena fe incluye la doctrina un tanto más restringida del ‘abuso de derecho’, que sostiene que un Estado no puede ejercer sus derechos internacionales con el único objetivo de causar un perjuicio, ni para disimular un acto ilegal ni para evadir el cumplimiento de una obligación. Aunque esos casos parecerían derivar del principio de la buena fe, quizás la mejor posición sea sostener que no es necesario recurrir al abuso de derecho como concepto independiente, ni siquiera subsidiariamente. Porque si un Estado menoscaba el derecho de otro Estado mediante el ejercicio de su propio derecho, entonces, no ha ejercido en realidad un ‘derecho’ según el derecho internacional. Más bien, ha violado una norma de derecho internacional que lo obliga a no afectar un derecho jurídicamente reconocido de otro Estado”. Anthony D’Amato, “Good Faith”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 2., 1995, págs. 599 a 601, en especial pág. 600. “Es posible sostener *prima*

arbitrariedad<sup>423</sup>, la no discriminación y los fines ulteriores e ilícitos<sup>424</sup> que se examinan más abajo. También se ha sugerido que el concepto del abuso de derecho

*facie* que la buena fe, como principio formativo, ha cumplido su función de manera suficientemente acabada como para permitirnos prescindir de cualquier otra hipótesis sobre la prohibición del abuso de derecho. [...] Una vez que una institución judicial internacional ha decidido que desea recurrir a un mecanismo para equilibrar derechos contrapuestos, la buena fe y la razonabilidad son ciertamente preferibles a otros criterios menos claros que pueden usarse para hacer esos ajustes entre derechos incompatibles”, Georg Schwarzenberger, *International Law and Order*, Londres, Stevens & Sons, 1971, págs. 103 y 107. Véase también Georg Schwarzenberger, “The Fundamental Principles of International Law”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, vol. 87, 1955-I, págs. 290 a 383, en especial pág. 318. “Una expulsión puede parecer un ejercicio abusivo de una facultad si la decisión no se funda en una creencia de *bona fide* sobre el efecto negativo que tendrá para el Estado la presencia ininterrumpida de la persona en su territorio”, Charles 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. 230. “Por cuanto se ha presentado a veces la buena fe como criterio subjetivo y a veces como criterio objetivo del abuso de derecho, parece existir una estrecha relación entre los dos conceptos ... Con respecto al abuso de derecho, la buena fe cumple la función de ser un criterio objetivo en la interpretación de las circunstancias de hecho o derecho que determinaron la comisión del acto ilícito”, Elisabeth Zoller, *La Bonne Foi en Droit International Public*, No. 28, París, Ediciones A. Pedone, 1977 (resumen en inglés, págs. ix-xxvi, en especial pág. xiv) (véase también el original en francés, secciones 104 a 122). “A pesar de algunos *dicta* de jueces individuales ... no ha tomado verdadera forma ninguna teoría del abuso de derecho en la práctica y la jurisprudencia internacionales. Hasta cierto punto, puede tratarse de una cuestión terminológica: quizás sea suficiente utilizar el concepto de buena fe ...”, Hugh Thirlway, “The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989”, *British Yearbook of International Law*, vol. 60, 1989, págs. 1 a 158, en especial pág. 25.

<sup>423</sup> “Por lo tanto, las medidas arbitrarias, sea en la elección de la persona que se expulsa o en la forma de la expulsión, indicarían que existe un abuso de poder y sugieren que se ha incurrido en una conducta ilícita para el derecho internacional”, Charles Cheney Hyde, *International Law: Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, vol.1, 2ª ed. rev., Boston, Little Brown and Company, 1947, págs. 230 a 231 (se omite la cita). “El abuso de derecho es generalmente una teoría alternativa en los casos en los que se ha tratado a un extranjero en forma arbitraria, irrazonable o discriminatoria”, B.O. Ilyomade, “The Scope and Content of a Complaint of Abuse of Right in International Law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 16, No.1, 1975, págs. 47 a 92, en especial pág. 86. “Por otro lado, aunque el Estado tiene un amplio margen de discreción en el ejercicio de su derecho de expulsar extranjeros, esa discreción no es absoluta. Por lo tanto, según el derecho internacional consuetudinario, no debe ejercer su derecho abusivamente cuando adopta la decisión de expulsar a un extranjero y debe ser razonable en la forma en que lleva a cabo la expulsión”, Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, pág. 940. “En efecto, la noción de la “arbitrariedad” está de tal modo vinculada a la ‘doctrina del abuso del derecho’ que prácticamente se confunde con ella”, Comisión de Derecho Internacional, Responsabilidad internacional, Cuarto informe de F. V. García Amador, Relator Especial (Responsabilidad del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros – Medidas que afectan derechos adquiridos), *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1959, vol. II, A/CN.4/119, párr. 29. Véase también Responsabilidad internacional, nota 394 *supra*, párr. 77: “... el Estado tiene el derecho de adoptar medidas que limiten los derechos humanos y las libertades fundamentales por razones de seguridad interna o el bienestar económico de la nación y para asegurar el orden, proteger la salud y las buenas costumbres, etc. Por lo tanto, en los casos en que ese derecho no está regulado por normas explícitas y ciertas, el Estado puede incurrir en responsabilidad internacional si viola los derechos humanos y libertades fundamentales y, en esos casos, sólo le será atribuible esta responsabilidad sobre la base del ejercicio arbitrario e injustificado, es decir ‘abusivo’ de sus facultades discrecionales”.

<sup>424</sup> “Si la discrecionalidad del derecho de exclusión o expulsión hubiera sido ejercida en primer lugar con la finalidad ulterior de facilitar la expropiación de los bienes de un extranjero, habrían estado presentes todos los elementos necesarios para que se conformara un caso claro de abuso del derecho”, B. O. Ilyomade, “The Scope and Content of a Complaint of Abuse of Right in

quizás sea semejante, aunque distinto, de la doctrina del *détournement de pouvoir*<sup>425</sup>.

## 2. El principio de la buena fe

210. El concepto de buena fe puede entenderse en general como la exigencia de que un Estado cumpla con sus obligaciones o ejerza sus derechos de modo justo, razonable y honesto, que sea coherente con la finalidad de esas obligaciones o derechos<sup>426</sup>. No parece existir una definición precisa del concepto de buena fe<sup>427</sup>. Se ha dicho que este principio es inherente al “concepto general” de derecho<sup>428</sup>.

211. El principio de la buena fe se encuentra bien establecido y se aplica generalmente al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de las obligaciones que

---

International Law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 16, No.1, 1975, págs. 47 a 92, en especial pág. 87 (en referencia a la causa *Nottebohm*).

<sup>425</sup> “En consecuencia, sólo tiene sustento la segunda hipótesis —la buena fe como criterio objetivo del abuso de derecho—, lo que acerca esa teoría a la del *détournement de pouvoir* del derecho francés. Así, la buena fe del Estado debería medirse en función de la finalidad impuesta por el derecho internacional al ejercicio de cualquier competencia, y esa finalidad está establecida por un régimen convencional o consuetudinario”, Elisabeth Zoller, *La Bonne Foi en Droit International Public*, No. 28, París, Ediciones A. Pedone, 1977 (resumen en inglés, págs. ix-xxvi, en especial pág. xiv) (véase también el original en francés, secciones 104 a 122). “El ‘abuso de derecho’ puede tener alguna afinidad con la doctrina del *détournement de pouvoir*, aunque es distinta de ella. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es competente para invalidar actos del Consejo y de la Comisión de las Comunidades, basándose, *inter alia*, en el uso de sus poderes: véase el artículo 230 del Tratado por el que se establece la CEE y los artículos correspondientes de los Tratados por los que se establecen la CECA y la Euratom”, Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (introducción y parte 1), 1996, pág. 408, nota 10. “(Por ejemplo), en el derecho administrativo francés, si se le ha ejercido una potestad o facultad discrecional con un fin distinto de aquél para el que fue otorgada, se incurrirá en *détournement de pouvoir*”, Hugh Thirlway, “The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989”, *British Year Book of International Law*, vol. 60, 1989, págs. 1 a 158, en especial pág. 28 (se omite la cita) (en referencia *inter alia* a Brabant, *Le Droit administratif français* (1984), pág. 525; Brown y Garner, *French Administrative Law*, pág. 131).

<sup>426</sup> Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1987, pág. 105 y siguientes, y Anthony D’Amato, “Good Faith”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 2, 1995, págs. 599 a 601.

<sup>427</sup> “Los fallos de los jueces y los textos de los autores a menudo utilizan la expresión ‘buena fe’. Resulta bastante difícil saber qué significa exactamente ese término. Los términos tan elementales como ‘buena fe’ y ‘honestidad’ impiden que se pueda dar de ellos una definición *a priori*; ‘se puede dar ejemplos, pero no definirlos’”, B. O. Iluyomade, “The Scope and Content of a Complaint of Abuse of Right in International Law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 16, No. 1, 1975, págs. 47 a 92, en especial pág. 50 (donde cita Russell v. Russell [1897] A. C. 436). “Incluso en la evolución de los sistemas jurídicos de las naciones civilizadas los conceptos de dolo y buena fe han sufrido cambios considerables en cuanto a su alcance y significado”, Georg Schwarzenberger, *International Law and Order*, Londres, Stevens & Sons, 1971, pág. 306 (se omiten las citas). “La buena fe no puede reducirse a una definición única y simple”, Elisabeth Zoller, nota 425 *supra*, pág. ix (véase también el original en francés, secciones 13 a 22). “En un sentido jurídico más estricto, sin embargo, la equidad puede considerarse parte de ciertas normas de derecho específicas o incluso parte del derecho internacional en general. Así, puede considerarse incorporada a ciertos principios generales de derecho y parte necesaria de esos principios, por ejemplo, el principio de la buena fe”, Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (introducción y parte 1), 1996, pág. 44.

<sup>428</sup> Patrick Daillier y Alain Pellet, *Droit International Public*, París, L. G. D. J., 1999, pág. 349. Los autores citan el principio de la buena fe entre los principios “vinculados al concepto general del derecho”.

tiene un Estado en virtud del derecho internacional<sup>429</sup>. El párrafo 2 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas<sup>430</sup>, así como varios otros tratados<sup>431</sup> e instrumentos internacionales<sup>432</sup> se refieren expresamente al principio de la buena fe.

212. La Corte Internacional de Justicia se ha referido a este principio en muchas de sus sentencias<sup>433</sup> y lo ha reconocido como un principio establecido de derecho

<sup>429</sup> “Todo ello exige buena fe, la premisa fundamental sobre la que se basa todo el intercambio entre los Estados y en la que el derecho puede anclarse firmemente. La ausencia o el abuso de la buena fe obviamente conduce a una violación de la ley”. Manfred Lachs, “Some Thoughts on the Role of Good Faith in International Law”, *Declarations on Principles*, Leiden, A. W. Sijhoff, 1977, págs. 47 a 55, en especial pág. 53. “Por último, puede decirse que el principio de la buena fe se aplica, además de a los tratados y otros acuerdos, al cumplimiento en general de las obligaciones que tiene un Estado según el derecho internacional”, Anthony D’Amato, “Good Faith”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 2, 1995, págs. 599 a 601, en especial pág. 599. Véase también Georg Schwarzenberger, “The Fundamental Principles of International Law”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, vol. 87, 1955-I, págs. 290 a 383, en especial págs. 290 a 326.

<sup>430</sup> Según esa disposición: “Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta.”

<sup>431</sup> Véanse, en particular, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena, 23 de mayo de 1969, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, No. 18232, pág. 331, párrafo 3 del preámbulo; artículo 26; artículo 31, párr. 1, artículo 46, párr. 2, y artículo 69, párr. 2, apartado b); Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, Viena, 21 de marzo de 1986, A/CONF.129/15, párrafo 3 del preámbulo; artículo 26; artículo 31, párr. 1; artículo 46, párr.3, y artículo 69, párr. 2, apartado b); Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Montego Bay, 10 de diciembre de 1982, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1834, No. 31363, pág. 3, artículos 105, 157, párr. 4, y 300, y la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, Nueva York, 21 de mayo de 1997, A/51/869, artículo 3, párr. 5; artículo 4, párr. 2; artículo 8, párr. 1; artículo 17, párr. 2; artículo 31, y artículo 33, párr. 8.

<sup>432</sup> Véanse, en particular, la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, Anexo: Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados aprobada por la Asamblea General en 1970, preámbulo, apartados b) y f), y parte dispositiva (“*El principio de que los Estados cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con la Carta - [...] Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud de los principios y normas de derecho internacional generalmente reconocidos. Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud de acuerdos internacionales válidos con arreglo a los principios y normas de derecho internacional generalmente reconocidos*”); la resolución 56/83 de la Asamblea General, de 28 de enero de 2002, Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Anexo, artículo 52, párr. 4; la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), Principios 19 y 27; y el proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53° período de sesiones (2001), Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/56/10)*, capítulo V. E.1., artículos 4, 14 y 1.

<sup>433</sup> “Un principio que, sin embargo, ha sido citado por la Corte y que tiene una importancia fundamental es el principio de la buena fe ... Su importancia afecta todos los aspectos del derecho internacional”, Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (introducción y parte 1), 1996, pág. 38 (se omiten las citas). Véase también Guy S. Goodwin-Gill, “State Responsibility and the ‘Good Faith’ Obligation in International Law”, en Malgosia Fitzmaurice y Dan Sarooshi, (eds.), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, vol. 7, Oxford and Portland Oregon, HART Publishing, 2004, págs. 75 a 104, en especial pág. 85, y Hugh Thirlway, “The Law and Procedure of the

internacional<sup>434</sup>. La Corte destacó su importancia como principio fundamental aplicable a la creación y al cumplimiento de todas las obligaciones jurídicas a las que hace referencia en la causa relativa a los *Ensayos Nucleares*:

“Uno de los principios básicos que rigen la creación y el cumplimiento de las obligaciones jurídicas, independientemente de cuál sea su fuente, es el principio de la buena fe. La confianza es inherente a la cooperación internacional, especialmente en una época en que la cooperación es cada vez más esencial en muchos campos.”<sup>435</sup>

213. La Corte confirmó la importancia del principio de la buena fe en la causa relativa a las *Acciones armadas fronterizas y transfronterizas*, aunque señaló al mismo tiempo que “no constituye en sí mismo una fuente de obligaciones cuando no existe ninguna otra”<sup>436</sup>.

214. La Corte consideró en la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* que dejar inmediatamente sin efecto una declaración que tenía una duración indefinida era incompatible con el principio de la buena fe:

“El derecho de dejar sin efecto inmediatamente declaraciones que tienen una duración indefinida está lejos de constituir un derecho establecido. La

---

International Court of Justice 1960-1989”, *British Year Book of International Law*, vol. 60, 1989, págs. 1 a 158, en especial págs. 7 a 29.

<sup>434</sup> “La Corte observa que el principio de la buena fe es un principio establecido de derecho internacional. El principio está consagrado en el párrafo 2 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas; también está incorporado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969. Por otra parte, se citó a principios de este siglo en el laudo arbitral de 7 de septiembre de 1910 del *North Atlantic Fisheries Case* (Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XI, pág. 188). Además, confirmaron ese principio varias sentencias de la Corte Permanente de Justicia Internacional (*Factory at Chorzow, fundamentos*, sentencia No. 13, 1928, *CPIJ, Serie A*, No. 17, pág. 30; *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, sentencia de 6 de diciembre de 1930, *CPIJ, Serie A*, No. 24, pág. 12 y 1932, *CPIJ, Serie A/B*, No. 46, pág. 167). Finalmente, esta Corte aplicó el principio en 1952 en la causa relativa a los *Derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos* (sentencia, *I.C.J. Reports*, 1952, pág. 212) y después en la causa relativa a la *Jurisdicción en materia de pesquerías (República Federal de Alemania c. Islandia)* (*competencia de la Corte*, sentencia, *I.C.J. Reports*, 1973, pág. 18), las causas relativas a los *Ensayos nucleares (I.C.J. Reports*, 1974, págs. 268 y 473) y la causa relativa a las *Acciones armadas fronterizas y transfronterizas (Nicaragua c. Honduras)* (*competencia y admisibilidad*, sentencia, *I.C.J. Reports*, 1988, pág. 105)”. *Case Concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, sentencia sobre las excepciones preliminares, 11 de junio de 1998, *I.C.J. Reports*, 1998, párr. 38.

<sup>435</sup> *Nuclear Tests (Australia v. France)*, sentencia de 20 de diciembre de 1974, *I.C.J. Reports*, 1974, pág. 268, párr. 46. “Tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocen que se recurre al concepto de buena fe en el nacimiento y la ejecución de todas las obligaciones jurídicas internacionales”, Elisabeth Zoller, *La Bonne Foi en Droit International Public*, No. 28, París, Ediciones A. Pedone, 1977 (resumen en inglés, págs. ix-xxvi, en especial pág. x) (véase también el original en francés, sección 34).

<sup>436</sup> *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)* *competencia y admisibilidad*, sentencia de 20 de diciembre de 1988, *I.C.J. Reports* 1988, pág. 69, en especial párr. 94. “El espíritu de lealtad, sinceridad, honestidad y buena fe no es la base de las obligaciones jurídicas. No existe la obligación jurídica de actuar de buena fe en derecho internacional. La buena fe sólo podría constituir un verdadero principio jurídico si pudiera atribuírsele un verdadero contenido normativo y positivo. Pero la buena fe no puede ser el fundamento filosófico de la fuerza vinculante de las promesas en derecho internacional, ni puede ser el fundamento jurídico de la obligación de respetar las creencias legítimas de otro”, Elisabeth Zoller, nota 425 *supra* xxvi (véase también el original en francés, secciones 347 a 350).



buena fe parece exigir que se aplique a esas declaraciones, por analogía, el derecho de los tratados, según el cual debe transcurrir un plazo razonable para retirarse o poner fin a un tratado que no contenga una disposición que fije su duración.”<sup>437</sup>

215. Una de las Salas de la Corte también sostuvo en la causa relativa a la *Delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo de Maine (Canadá/ Estados Unidos de América)*, que el concepto de asentimiento y la teoría de los actos propios derivaban del principio de la equidad y la buena fe:

“Tanto el concepto del asentimiento como la teoría de los actos propios, independientemente del estatuto que les otorgue el derecho internacional, derivan de los principios fundamentales de la equidad y la buena fe. Sin embargo, se basan en razonamientos jurídicos distintos, dado que el asentimiento equivale al reconocimiento tácito manifestado por una conducta unilateral que la otra parte puede interpretar como consentimiento, en tanto que la teoría de los actos propios se relaciona con la idea de la preclusión.”<sup>438</sup>

216. El principio de la buena fe también se ha citado en muchas decisiones del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la *Organización Mundial del Comercio*<sup>439</sup>. En su decisión en el asunto *Comunidades Europeas – Denominación comercial de sardinas*, el Órgano de Apelación declaró que la buena fe se presume:

“El Perú [...] alega que un Miembro puede no responder en forma completa o adecuada a una solicitud de información basada en el párrafo 5 del artículo 2 y que, por lo tanto, no corresponde basarse en esta obligación para sustentar la asignación al reclamante de la carga de la prueba referente al párrafo 4 del artículo 2. Este argumento no nos convence. Debemos suponer que los Miembros de la OMC acatarán de buena fe las obligaciones derivadas de los tratados, como lo exige el principio *pacta sunt servanda*, expresado en el artículo 26 de la *Convención de Viena*. Y, en materia de solución de diferencias, todos los Miembros de la OMC deben dar por supuesta la buena fe de todos los demás Miembros.”<sup>440</sup>

217. El principio de la buena fe puede limitar el ejercicio de un derecho discrecional por el Estado, como el derecho de expulsión, que se examina más abajo:

“Por lo tanto, cada vez que el titular de un derecho goza de cierto poder discrecional, ese poder debe ejercerse de buena fe, lo que significa que debe

<sup>437</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, competencia y admisibilidad, sentencia de 26 de noviembre de 1984, *I.C.J. Reports*, 1984, pág. 420, párr. 63.

<sup>438</sup> *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)*, sentencia de 12 de octubre de 1984, *I.C.J. Reports*, 1984, pág. 305, párr. 130.

<sup>439</sup> Véanse Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón, WT/DS58/AB/R de 12 de octubre de 1998, párr. 158; Estados Unidos – Trato fiscal aplicado a las “empresas de ventas en el extranjero”, WT/DS108/AB/R, de 24 de febrero de 2000, párr. 166; Estados Unidos – Medidas de salvaguardia respecto de las importaciones de carne de cordero fresca, refrigerada o congelada procedentes de Nueva Zelandia y Australia, WT/DS177/AB/R, WT/DS178/AB/R, de 1° de mayo de 2001, párr. 115; Tailandia – Derechos antidumping sobre los perfiles de hierro y acero sin alear y vigas doble T procedentes de Polonia, WT/DS122/AB/R de 12 de marzo de 2001, párr. 79, y Comunidades Europeas – Denominación comercial de sardinas, WT/DS231/AB/R, de 26 de septiembre de 2002, párr. 278 (se omiten las citas).

<sup>440</sup> Comunidades Europeas – Denominación comercial de sardinas, WT/DS231/AB/R de 26 de septiembre de 2002, párr. 278 (se omiten las citas).

ejercerse razonable y honestamente, de conformidad con el espíritu de la ley y la debida consideración de los intereses de los demás. Pero, dado que la discrecionalidad implica la aplicación de un juicio subjetivo, a veces es difícil determinar categóricamente que se ha abusado de esa discrecionalidad. Cada caso debe juzgarse a la luz de sus circunstancias particulares teniendo en cuenta la intención o motivación de quien actúa o el resultado objetivo del acto a la luz de la práctica internacional y la experiencia humana. Cuando pueda determinarse que existe una intención ilícita o que el acto es claramente irrazonable, incurre en un abuso que está prohibido por la ley.”<sup>441</sup>

218. La obligación de actuar de buena fe, como cuestión de derecho internacional aplicada al movimiento internacional de personas y al tratamiento de los extranjeros se ha explicado de la manera siguiente:

“Los Estados tienen el derecho de regular el movimiento de las personas a través de las fronteras y pueden restringirlo de distintas maneras. Sólo deben aplicarse las disposiciones que han sido debidamente aprobadas de conformidad con la legislación correspondiente y, al hacerlo, las autoridades deben actuar de buena fe. La aplicación del derecho interno al movimiento de las personas a través de las fronteras nacionales, especialmente a extranjeros, siempre tiene un aspecto internacional, y el derecho internacional exige que cada Estado cumpla de buena fe con sus obligaciones.”<sup>442</sup>

219. El principio de la buena fe puede afectar de distintas maneras el ejercicio del derecho que tienen los Estados de expulsar extranjeros<sup>443</sup>. En primer lugar, puede

<sup>441</sup> Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1987, págs. 133 y 134 (se omite la cita).

<sup>442</sup> Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D. C., American Society of International Law, 1992, pág. 23. “El principio de la buena fe exige que un Estado que prevea actuar dentro de la esfera de sus poderes soberanos, por ejemplo, para controlar el movimiento de personas, debe asegurarse de que sus actos sean compatibles con sus obligaciones internacionales. La buena fe gobierna la zona que existe entre lo permisible y lo que es claramente impermisible. El mero hecho de que una cuestión corresponda a la competencia soberana del Estado no significa que se pueda ejercer una discrecionalidad ilimitada. Hay cosas que no pueden hacerse, ni siquiera para perseguir el ‘fin legítimo’ de controlar la migración, y el principio de buena fe exige que las acciones del Estado sean coherentes con el resto de las obligaciones que tiene según el derecho internacional” (“Por ejemplo, abrir fuego contra personas o hundir deliberadamente embarcaciones que se sospecha transportan migrantes ilegales”), Guy S. Goodwin-Gill, nota 433 *supra*, pág. 100 y nota. 97.

<sup>443</sup> “La aplicación de las normas de derecho interno relativas al movimiento de personas a través de las fronteras nacionales, especialmente a extranjeros, siempre ha tenido un aspecto internacional y el derecho internacional exige que cada Estado cumpla con sus obligaciones internacionales de buena fe ... Sin embargo, el derecho a expulsar o deportar ... debe ejercerse de conformidad con los principios generalmente aceptados del derecho internacional ... y los acuerdos internacionales aplicables ... Por lo tanto, al ejercer el derecho de expulsar o deportar los Estados deben respetar las garantías procesales ...; sus funcionarios no deben actuar en forma arbitraria ni ejercer abusivamente las facultades que les otorga el derecho interno, y deben actuar razonablemente y de buena fe en todos los casos”, Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, págs. 23 y 89. “Se acepta que el principio [de la buena fe] exige, entonces, que el Estado especifique de buena fe las verdaderas circunstancias e intereses que se verán afectados por las medidas que se propone adoptar; elegir de buena fe el curso de acción que seguirá; asegurar que las políticas y prácticas se apliquen de un modo que sea compatible con la letra y el espíritu de las obligaciones internacionales que son vinculantes para el Estado; definir de buena fe el alcance de sus políticas y prácticas para no aplicarlas de modo de perjudicar los derechos e intereses legítimos

tener importancia para el cumplimiento del requisito de que exista una justificación o causa razonable para que un Estado pueda ejercer su derecho de expulsar a un extranjero.

“La insistencia de que exista una justificación o causa razonable, que es tan claramente común a estos casos distintos, pone en evidencia nuevamente las limitaciones sustanciales que tiene la facultad de expulsar; en este caso, por aplicación del principio de la buena fe.”<sup>444</sup>

220. En segundo lugar, el principio de la buena fe puede tener importancia en relación con la prohibición que pesa sobre los Estados de no expulsar extranjeros, a menos que la presencia del extranjero en el territorio sea contraria a los intereses de ese Estado<sup>445</sup>.

“De la función que cumple la expulsión se sigue que no debe ejercerse ‘abusivamente’. Si se quiere cumplir con su propósito y finalidad, debe ejercerse de buena fe y no con alguna finalidad ulterior, como cometer un genocidio, confiscar bienes, entregar a una persona para que sea enjuiciada o tomar represalias ilegales contra una persona.”<sup>446</sup>

221. En 1892 ya se reconoció en las *Règles internationales sur l’admission et l’expulsion des étrangers* aprobadas por el Instituto de Derecho Internacional que una expulsión puede ser ilegal si se hace con el propósito o fin ulterior de obtener un beneficio personal, impedir la competencia legítima o evitar que prospere un reclamo, acción o recurso de apelación justificado<sup>447</sup>. En el proyecto de convención sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a extranjeros, elaborado en 1961 por la Facultad de derecho de Harvard, se reconoció que puede prohibirse una expulsión si se hace con la finalidad de privar a un extranjero de sus medios de vida en ciertas circunstancias<sup>448</sup>. Ello parecería sugerir

---

de otros sujetos de derecho internacional, incluidas las personas protegidas, y abstenerse de ejercer derechos en forma abusiva o evitar incurrir en un abuso del derecho”, Guy S. Goodwin-Gill, nota 433 *supra*, págs. 100 y 101. “En todos los casos citados anteriormente, sin embargo, ese derecho [de expulsar extranjeros], aunque es discrecional, debe ejercerse de buena fe. No debe ser arbitrario, ni causar perjuicios ni situaciones de indignidad innecesarios”, Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1987, págs. 133 y 134 (se omiten las citas).

<sup>444</sup> Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 233. Se examinan más abajo algunos ejemplos.

<sup>445</sup> “En particular, la facultad de expulsar debe ejercerse de buena fe y no deberse a ninguna razón ulterior”, Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, pág. 499. Véase también Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1987, pág. 36 (se omite la cita).

<sup>446</sup> Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, págs. 307 y 308. Goodwin-Gill examina el principio de la buena fe en relación con la “expulsión confiscatoria” de la siguiente manera: “Está claro que la intención de expropiar sin indemnización, puesto que niega la función esencial de la expulsión, también puede privar al ejercicio de la discrecionalidad de su carácter de acto de *bona fide*”, *ibid.*, pág. 216.

<sup>447</sup> “La deportación nunca debe ordenarse para obtener un beneficio personal, impedir el ejercicio de una competencia legítima o evitar que prospere un reclamo, acción o recurso de apelación que ha sido interpuesto ante los tribunales o autoridades competentes en debida forma”, *Règles internationales*, nota 56 *supra*, artículo 14 [original en francés].

<sup>448</sup> El proyecto de convención sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a los extranjeros, preparado por la Facultad de derecho de Harvard en 1961, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1969, vol. II, pág. 151, artículo 11 (privación de medios de vida) dice lo siguiente:

que el propósito o finalidad ulterior debe ser ilegal para que la expulsión constituya una violación del principio de la buena fe. Puede ser pertinente tener en cuenta ese factor a fin de determinar la legalidad de una expulsión que en realidad encubre una extradición<sup>449</sup>.

222. En tercer lugar, el principio de la buena fe puede servir para determinar qué factores debería ponderar un Estado para decidir si ejercerá su derecho de expulsar a un extranjero.

“El principio de buena fe y el requisito de justificación o ‘causa razonable’ exigen que se preste debida consideración a los intereses de la persona, incluidos sus derechos humanos fundamentales, su familia, sus bienes y las demás relaciones que tenga con el Estado de residencia, además de sus expectativas legítimas. Todo ello debe evaluarse a la luz del principio contrapuesto del orden público.”<sup>450</sup>

223. El principio de la buena fe, tal como se aplica a la expulsión de extranjeros, no significa necesariamente que el Estado de la nacionalidad del extranjero a quien se quiere expulsar llegaría a la misma conclusión que el Estado de residencia al determinar si la presencia continua del extranjero es contraria a los intereses de este último.

“La expulsión presenta visos de abuso de poder si la decisión de expulsar no está fundada en la creencia de *bona fide* de que la presencia continua de la persona en el territorio del Estado tendrá efectos negativos para ese Estado. La conclusión de que la persona debe ser expulsada no coincidirá necesariamente con la que adoptaría en circunstancias semejantes el Estado de la nacionalidad del extranjero. Por otra parte, la decisión de expulsar no debe ser una medida que no podría adoptar razonablemente ningún Estado que obrara de buena fe.”<sup>451</sup>

224. Por lo tanto, el Estado tiene un amplio margen de apreciación para determinar si existen razones para concluir que la presencia continua de un extranjero es contraria a sus intereses. Por este motivo, pueden existir problemas *prácticos* con respecto a la carga de la prueba si se sostiene que se ha violado el principio de la buena fe en la expulsión de extranjeros.

“... una expulsión que no se ejecuta de buena fe puede constituir incumplimiento de sus obligaciones por parte del Estado que adopta esa decisión. Por supuesto, en derecho internacional el principio de la buena fe se

---

“1. Privar a un extranjero de sus medios de vida ordinarios, impidiéndole ejercer la profesión u ocupación desempeñada hasta ese momento en un Estado, sin darle un plazo razonable para arreglar sus asuntos, ya mediante la obtención de otro empleo, la liquidación de su negocio o práctica por un justo precio o de algún otro modo, será ilícito si no se paga, sin demora y en la forma indicada en el artículo 39, una justa indemnización por la no concesión de dicho plazo.

2. El párrafo 1 del presente artículo no se aplicará si:

a) Se ha impedido al extranjero ejercer la profesión u ocupación desempeñada hasta ese momento a causa de su mala conducta profesional o de una condena penal;

b) Se lo ha expulsado o deportado de conformidad con las normas internacionales relativas a la expulsión y deportación y no con el propósito de eludir la aplicación del párrafo 1.”

<sup>449</sup> Véase la parte VII.A.8.

<sup>450</sup> Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 262.

<sup>451</sup> Charles 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. 230 (se omite la cita).

presume, lo que constituye una ventaja, y nunca será fácil probar la *mala fide* del Estado que aprobó la expulsión ... La práctica de los Estados acepta que exista un margen de apreciación considerable en esta materia.”<sup>452</sup>

225. También es posible que un Estado dude en basar su demanda en la violación del principio de la buena fe, lo que equivale en realidad a afirmar que el otro Estado actuó de mala fe<sup>453</sup>.

226. En cuarto lugar, puede ser pertinente aplicar el principio de la buena fe a la ejecución de una orden de expulsión y a las garantías procesales a las que tiene derecho el extranjero. En la causa *Conka*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo que resolver una situación en la que un Estado había inducido conscientemente a error a un grupo de extranjeros sobre el significado de un aviso para privarlos más fácilmente de su libertad y asegurar así el éxito de una operación planificada tendiente a su expulsión. El Tribunal, que tuvo que decidir el caso basándose en las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos, entendió que esa actitud violaba el artículo 5 de la Convención, que consagra el derecho a la libertad y la seguridad:

“... incluso en el caso de las personas que exceden los plazos de su permiso de permanencia en un Estado, la decisión deliberada de las autoridades de facilitar o mejorar la eficacia de una operación planificada para la expulsión de extranjeros, induciéndolos a error sobre un aviso para facilitar que el Estado los privara de su libertad, no es compatible con el artículo 5 [del Convenio Europeo de Derechos Humanos].”<sup>454</sup>

### 3. Prohibición de la arbitrariedad

227. La prohibición de las medidas arbitrarias puede limitar el ejercicio de un derecho que entraña una amplia medida de discrecionalidad.

“Expresiones como ‘discreción’ están encaminadas a transmitir la amplia autoridad de un gobierno para determinar la forma en que una situación específica debe tratarse, en tanto que las oraciones que contienen la palabra ‘arbitrario’ indican que hay un límite a la discrecionalidad de un funcionario y

<sup>452</sup> Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 206 (se omiten las citas). “Incluso si un Estado está razonablemente convencido de que otro Estado actúa de mala fe, las presunciones a favor de la buena fe y el acatamiento de la ley imponen una carga de la prueba tan pesada a cualquier demandante que rara vez es aconsejable usar este tipo de argumento”, Georg Schwarzenberger, *International Law and Order*, Londres, Stevens & Sons, 1971, pág. 88.

<sup>453</sup> “Debido a las graves consecuencias que tiene en derecho internacional la acusación de haber actuado de mala fe, es poco común que los Estados recurran a ella. Sin embargo, sostener que no se ha actuado de buena fe sólo significa que ha habido algo de mala fe”, B. O. Ilyomade, “The Scope and Content of a Complaint of Abuse of Right in International Law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 16, No. 1, 1975, págs. 47 a 92, en especial pág. 51 (se omite la cita). “Sin embargo, la dificultad radica en parte en la naturaleza de cualquier afirmación de que otros Estados han actuado de mala fe o han ejercido abusivamente sus derechos. La sugerencia de que ha existido mala fe es realmente odiosa”, Georg Schwarzenberger, *International Law and Order*, Londres, Stevens & Sons, 1971, pág. 88 (en referencia a un memorando de W. Pennell, Juez comisionado del Reino Unido para el Tribunal Arbitral Mixto británico-brasileño para la abolición de la esclavitud, 4 de noviembre de 1830 (19 B.F.S.P., pág. 460); opinión separada del magistrado Lauterpacht en el la causa relativa a *Ciertos empréstitos noruegos (Francia c. Noruega)*, *I.C.J. Reports*, 1957, pág. 9, y su opinión disidente en el la causa de la *Interhandel (Suiza c. Estados Unidos de América)*, *ibíd.*, 1959, pág. 111).

<sup>454</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case of Conka v. Belgium*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 5 de febrero de 2002, demanda 51564/99, pág. 42.

que una medida arbitraria constituye de hecho un uso indebido de esa discrecionalidad. De esta manera las normas definen tanto las facultades de un Estado como los límites de su autoridad, y brindan protección a un individuo contra el uso de esa autoridad.”<sup>455</sup>

228. La Corte Internacional de Justicia ha descrito las medidas arbitrarias de un Estado en términos de “una infracción deliberada de las normas relativas a las garantías procesales” y en el sentido de ser contraria a “un sentido de lo que es jurídicamente apropiado”. La Corte declaró lo siguiente:

“La arbitrariedad no es algo solamente opuesto a una norma de derecho sino algo opuesto al imperio de la ley. La Corte expresó esta idea en la causa relativa al *Derecho de asilo* al decir que la ‘medida arbitraria se sustituía al imperio de la ley’ (*Asylum*, sentencia, *I.C.J. Reports 1950*, pág. 284). Es una infracción deliberada de las normas relativas a las garantías procesales, un acto que estremece, o al menos sorprende, la idea de lo que es jurídicamente apropiado.”<sup>456</sup>

229. La prohibición de la adopción de medidas arbitrarias se reconoce en general como una limitación de la facultad de un Estado para expulsar a los extranjeros<sup>457</sup>.

<sup>455</sup> Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, págs. ix y x.

<sup>456</sup> *Electronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States v. Italy)*, sentencia, *I.C.J. Reports 1989*, pág. 65, párr. 128. Véase además el párrafo 124 en la página 63 de la misma sentencia: “Identificar la arbitrariedad con la mera ilicitud sería privarla de todo sentido útil por derecho propio. Tampoco se debe concluir de un fallo de un tribunal nacional que un acto era injustificado, o nada razonable, o arbitrario, en el sentido de que ese acto necesariamente se clasifique como arbitrario en derecho internacional, aunque el condicionamiento impuesto al acto impugnado por una autoridad municipal puede constituir una indicación valiosa”.

<sup>457</sup> “Por otra parte, si bien un Estado tiene amplia discrecionalidad para ejercer su facultad de expulsar a los extranjeros, su discrecionalidad no es absoluta. De esta manera, con arreglo al derecho internacional consuetudinario no debe usar indebidamente su facultad actuando de manera arbitraria al adoptar su decisión de expulsar a un extranjero, y debe actuar razonablemente en cuanto a la manera en que hace efectiva una expulsión”, Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, pág. 940. “En todos los casos anteriormente señalados, sin embargo, esta facultad [expulsar extranjeros], aunque discrecional, debe ejercerse de buena fe. No debe ser arbitraria, ni debe ir acompañada de indignidades o penurias innecesarias”, Bin Chen, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1987, pág. 36 (se omiten las citas). “Las expulsiones arbitrarias, con o sin causa suficiente, o con infracción de las disposiciones del derecho interno o de un tratado, o en circunstancias difíciles o violentas, innecesariamente perjudiciales a las personas afectadas, han dado lugar a reclamaciones diplomáticas y a laudos de comisiones arbitrales”. Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, Nueva York, The Banks Law Publishing Co., 1915, pág. 57. “De esta manera, en cuanto un Estado tiene la facultad de excluir arbitrariamente a un extranjero, esa facultad no va acompañada de la competencia discrecional correspondiente de expulsarlo arbitrariamente”, Richard Plender, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pág. 460. “Muchos tratadistas de derecho internacional han citado las obligaciones del Estado derivadas de su participación en la comunidad internacional y han expuesto razones humanitarias en apoyo de sus declaraciones de que la expulsión arbitraria es contraria al derecho internacional”, Naciones Unidas, “Estudio sobre la expulsión de inmigrantes”, Secretaría, 10 de agosto de 1955 (ST/SOA.22 y Corr.2 (sustituye a la Corr.1)), párr. 105 (en referencia a Charles de Boeck, *L’expulsion et les difficultés internationales qu’en soulève la pratique*, Academia de Derecho Internacional, *Recueil des Cours*, 1927, III (París, 1928); Philip C. Jessup, *A Modern Law of Nations, An Introduction* (Nueva York, 1949), págs. 82 y 83; A. Kobarg, *Ausweisung und Abweisung von Ausländern*, J. M. Landis, “Deportation and Expulsion of Aliens”, *Encyclopedia of the Social Sciences*, vol. 5,

La medida arbitraria de un Estado puede tener lugar en relación con la decisión de expulsar a un extranjero o con la forma en que se ejecuta esa decisión<sup>458</sup>.

“Esa medida arbitraria, ya sea en cuanto a la selección del individuo expulsado o en cuanto al método de expulsión, indicaría un abuso de poder y señalaría que se trata de una medida internacionalmente ilícita ... De hecho, la arbitrariedad del método aplicado en el caso particular, más bien que la selección del individuo en cuestión o la determinación de expulsarlo, suele constituir la principal causa de la reclamación extranjera, y es comúnmente un elemento que se hallará en los casos en que la conducta del soberano territorial está sujeta a las críticas más agudas.”<sup>459</sup>

230. El carácter discrecional de la facultad de un Estado para expulsar a los extranjeros puede hacer que resulte difícil determinar el carácter arbitrario de una expulsión<sup>460</sup>. El Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos ha reconocido la

---

Nueva York, 1948, págs. 95 a 98; A. de Lapradelle y J. P. Niboyet, *Répertoire de Droit International* (París, 1930), VIII, 29 a 31; J.-P. Niboyet, *Traité de droit international privé français*, vol. II, *La Condition des étrangers* (París, 1951), págs. 131 y 132; L. Oppenheim, *International Law, A Treatise*, ed. H. Lauterpacht (Londres, 1952), I, págs. 632 y 633; N. Politis, *Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux*, Academia de Derecho Internacional, *Recueil des Cours*, 1925 (París, 1926), I, págs. 101 a 108; Georges Scelle, *Précis de droit des gens, Principes et systématique*, segunda parte (París, 1930, PP.IOWIO9, y Marcel Sibert, *Traité de droit international public* (París, 1951), I, págs. 620 a 627). Véase también Amos S. Hershey, *The Essentials of International Public Law and Organization*, ed. rev., Nueva York, The Macmillan Company, 1927, pág. 374; D. P. O'Connell, *International Law*, vol. 2, 2ª ed., Londres, Stevens & Son, 1970, vol. 2, pág. 707; B. O. Iluyomade, “The Scope and Content of a Complaint of Abuse of Right in International Law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 16, No. 1, 1975, págs. 47 a 92, en especial pág. 85; Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, pág. 89.

<sup>458</sup> “Con arreglo a los principios generalmente aceptados de derecho internacional, un Estado puede expulsar a un extranjero cada vez que lo decida, a condición de que no ejecute la expulsión de manera arbitraria, como, por ejemplo, con fuerza innecesaria o maltratando en otro sentido al extranjero o negándose a permitir que el extranjero tenga una oportunidad razonable de salvaguardar sus bienes”, David John Harris, *Cases and Materials on International Law*, 4ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1991, pág. 503 (citando el caso del Dr. Breger, carta del Departamento de Estado de los Estados Unidos a un miembro del Congreso, 1961, 8 Whiteman 861).

<sup>459</sup> Charles Cheney Hyde, *International Law, Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, vol. 1, 2ª ed. rev., Boston, Little Brown and Company, 1947, págs. 230 y 231 (se omiten las citas). Se ha sugerido además que la expulsión de un extranjero por una razón, una función o un propósito distinto del que tenía por objeto constituiría una medida arbitraria. “Cuando se sostiene que ha habido un uso arbitrario de facultades o un *détournement de pouvoir* debe también demostrarse que se ha usado la facultad sin atender al propósito para el cual originalmente estaba destinado”, Alexandre Kiss, “*Abuse of rights*”, 1984, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 4 a 8, en especial pág. 8. Véase también Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 208.

<sup>460</sup> “Aunque el límite entre la discrecionalidad y la arbitrariedad sea elástico es real, y en caso de duda corresponde a un órgano imparcial determinar si ha sido transgredido”, Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim's International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, pág. 941. “En 1966 el Gobierno de Su Majestad enunció los principios que regían la decisión de si hacer o no una representación con respecto a la expulsión de ciudadanos del Reino Unido de países miembros del Commonwealth: ‘Nos reservamos el derecho de hacer representaciones a cualquier Gobierno del Commonwealth en cualquier caso individual si la forma en que se ejerció la facultad provoca penuria o parece ser arbitraria o injusta ... esto es diferente de las representaciones, que no podemos hacer, respecto de la vigencia de las leyes de un país que se

ilicitud de una expulsión arbitraria. Ha sostenido además que incumbe al reclamante demostrar la ilicitud de la expulsión. En el caso *Rankin c. República Islámica del Irán* el Tribunal sostuvo lo siguiente: “Un reclamante de una expulsión ha de demostrar el carácter ilícito de la medida de expulsión del Estado, es decir, que esa medida fue arbitraria, discriminatoria o violatoria de las obligaciones del Estado que adoptó la medida de expulsión en virtud de un tratado”<sup>461</sup>.

231. La falta de fundamento de la expulsión de un extranjero por un Estado puede ser considerada prueba de medida arbitraria.

“La necesidad de que el Estado que adopta la medida de expulsión no actúe arbitrariamente, en especial en el caso de la expulsión de un extranjero que ha estado residiendo en el Estado que adopta la medida de expulsión durante cierto tiempo y ha establecido su modo de vida en ese país, justifica que el Estado de origen del individuo expulsado, en virtud de su derecho de protección de los nacionales en el extranjero, haga representaciones diplomáticas al Estado que adopta la medida de expulsión y recabe las razones de la expulsión. Si bien el hecho de que un Estado no esgrima argumento alguno en pro de la expulsión puede no constituir un incumplimiento de una obligación jurídica internacional, la negativa a dar razones puede apoyar una conclusión de arbitrariedad de la expulsión. Si fundamenta la decisión, cualquier escrutinio de los fundamentos y de las pruebas en su apoyo probablemente se limite a determinar que a primera vista bastan para rechazar toda presunción de arbitrariedad (a menos que se trate de una cuestión de determinar que se han reunido las condiciones concretas establecidas en un tratado); en particular, en lo que se refiere a los intereses de la seguridad nacional, no correspondería un escrutinio meticuloso de las razones de la decisión del Estado.”<sup>462</sup>

---

ajusten correctamente a su concepto de derecho”, Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 208 (donde se reproduce 733 H.C. Deb., columnas 1223 a 1225, citado en *British Practice*, 1967, págs. 112 a 114). “Hay un margen significativo para que los Estados apliquen su política de inmigración y exijan la salida de las personas que se hallen presentes en forma ilegal. Esa discrecionalidad, sin embargo, no es limitada y no podrá ejercitarse de manera arbitraria. Un Estado podría requerir, con arreglo a su derecho interno, la salida de personas que permanezcan en su territorio más tiempo que el permitido por los permisos de duración limitada. Los inmigrantes y los solicitantes de asilo, incluso los que se hallen ilegalmente en un país y cuyas aspiraciones no sean consideradas válidas por las autoridades, no deben ser tratados como criminales”. Los derechos de los no ciudadanos, Informe final del Relator Especial, Sr. David Weissbrodt, presentado de conformidad con la decisión 2000/103 de la Subcomisión, resolución 2000/104 de la Comisión y decisión 2000/283 del Consejo Económico y Social, E/CN.4/Sub.2/2003/23, 26 de mayo de 2003, párr. 29 (se omiten las citas). “De esta manera, en los casos relativos a la expulsión de extranjeros, un tribunal internacional normalmente aceptaría con carácter concluyente las razones de carácter serio aducidas por el Estado para justificar esas medidas. Sin embargo, consideraría medidas ilícitas de expulsión las que fueran arbitrarias ...”, Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1987, pág. 133.

<sup>461</sup> *Ranking v. The Islamic Republic of Iran*, nota 136 *supra*, pág. 142, párr. 22.

<sup>462</sup> Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim's International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, págs. 943 a 944 (se omiten las citas). Véase también *Bandali v. Governor-General of the Belgian Congo*, Consejo de Estado, 17 de noviembre de 1950, *International Law Reports*, 1950, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 78, págs. 257 y 258, en especial pág. 258: “Sin una expresión de las razones de la exclusión estaría a merced de una decisión arbitraria. Además, esa declaración es exigida por el artículo 14 de la orden de 8 de marzo de 1922. De esta manera se trata de una formalidad esencial para la validez de la orden de expulsión”.



232. Ya en 1903 el árbitro que dictó el laudo arbitral en el caso *Paquet* se refirió a la “práctica general de los gobiernos” en cuya virtud los Estados que adoptaban la medida de expulsión daban explicaciones al Estado de la nacionalidad del individuo expulsado. El árbitro falló que la negativa de Venezuela a dar explicación alguna en relación con la expulsión del Sr. Paquet revelaba el carácter arbitrario de esa medida.

“Por otra parte, la práctica general de los gobiernos es dar explicaciones al gobierno de la persona expulsada si las pide, y cuando se niega a dar esas explicaciones, como en el caso en cuestión, puede considerarse que la expulsión es un acto arbitrario de tal carácter que implica reparación ...”<sup>463</sup>

233. El artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos rige los requisitos procesales de una expulsión lícita, pero no así los requisitos sustantivos. Esa disposición requiere que la expulsión de un extranjero se haga de conformidad con una decisión adoptada con arreglo al derecho interno. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha interpretado esa disposición en tanto prohibición de las expulsiones arbitrarias pese a la ausencia de una disposición explícita en tal sentido. En su Comentario General No. 15 el Comité de Derechos Humanos dijo lo siguiente:

“El artículo 13 regula directamente sólo el procedimiento y no los fundamentos sustantivos de la expulsión. No obstante, al permitir solamente las realizadas ‘en cumplimiento de una decisión adoptada con arreglo a la ley’, su propósito claramente es prevenir las expulsiones arbitrarias.”<sup>464</sup>

234. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró la prohibición de las expulsiones arbitrarias en relación con la protección de la vida en familia con arreglo al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>465</sup>. El Tribunal rechazó la reclamación tras fallar que la expulsión del reclamante no había sido arbitraria, infundada o desproporcionada con los objetivos legítimos.

<sup>463</sup> *Paquet Case (Expulsion)*, Comisión Mixta de Reclamaciones Bélgica-Venezuela, 1903, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IX, págs. 323 a 325, en especial pág. 325.

<sup>464</sup> Comité de Derechos Humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), Observación general No. 15: La situación de los extranjeros de conformidad con el Pacto, 11 de abril de 1986, párr. 10. Parvez Hassan analiza el significado de la expresión “arbitraria” o “arbitrariamente” tal como se utiliza en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y llega a la conclusión de que esas expresiones tienen un significado especial basado en la historia de la negociación de los dos documentos: “la razón del uso de las expresiones ‘arbitraria’ o ‘arbitrariamente’ es proteger a los individuos de los actos tanto ‘ilícitos’ como ‘injustos’”. Se refiere al preámbulo de la Declaración en el sentido de que indica que el propósito esencial de la Declaración es “proclamar el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, lo que sólo se puede lograr limitando la discrecionalidad ‘legal’ de los gobiernos”, Parvez Hassan, “The Word ‘Arbitrary’ As Used In The Universal Declaration of Human Rights: ‘Illegal’ Or ‘Unjust?’”, *Harvard International Law Journal*, vol. 10, 1969, págs. 225 a 262, en especial págs. 254 y 259.

<sup>465</sup> Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, enmendada por el Protocolo No. 11, Roma, 4 de noviembre de 1950, *European Treaty Series*, No. 5 [denominada en ocasiones Convención Europea de Derechos Humanos]. Goodwin-Gill hace la siguiente observación respecto de la Convención Europea de Derechos Humanos: “El supuesto fundamental de la Convención es que las facultades discrecionales están sometidas a control, y que se puede reclamar de las medidas del Estado arbitrarias, en el sentido de que están inspiradas en la mala fe o en algún otro sentido revelan un ‘détournement de pouvoir’”, Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 292.

“[Dadas las circunstancias] ... no hay nada que indique que las autoridades belgas actuaron de manera arbitraria o infundada, o que dejaron de cumplir su obligación de lograr un equilibrio entre los intereses pertinentes. La expulsión del reclamante, por lo tanto, no se puede considerar desproporcionada en cuanto al objetivo legítimo procurado.”<sup>466</sup>

235. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha indicado que la expulsión de extranjeros en las situaciones en que una solicitud de extradición sería más apropiada es arbitraria e insatisfactoria. “Observando que, en algunos casos, se ha expulsado de un país a delincuentes que habrían podido ser objeto de una solicitud de extradición, ese procedimiento es arbitrario y, por lo tanto, insatisfactorio”<sup>467</sup>.

236. La Comisión de Derecho Internacional consideró el concepto de medida arbitraria al distinguir las deportaciones lícitas de las acciones semejantes que podrían constituir un crimen de lesa humanidad. La Comisión distinguió entre ambas situaciones sobre la base de la existencia de “razones legítimas” para la deportación<sup>468</sup>.

237. El apartado d) del párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional considera “la deportación o traslado forzoso de población” como un crimen de lesa humanidad cuando se comete “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra cualquier población civil, con conocimiento del ataque”<sup>469</sup>. Entre la lista de elementos de este crimen se han incluido los siguientes: el autor deportó forzosamente de manera infundada con arreglo al derecho internacional una o más personas a otro Estado o lugar mediante la expulsión u otro tipo de acto coercitivo; esa persona o personas se hallaban presentes físicamente en la zona de la cual fueron expulsados, el autor estaba consciente de las circunstancias de hecho que determinaban la licitud de esa presencia<sup>470</sup>.

238. La prohibición de la expulsión arbitraria ha sido considerada también por los tribunales nacionales de algunos Estados<sup>471</sup>. Un caso que implica la expulsión de un

<sup>466</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case of C. v. Belgium*, sentencia (sobre el fondo), 7 de agosto de 1996, demanda 21794/93, párr. 36.

<sup>467</sup> Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, Recomendación 950 (1982) sobre la extradición de delincuentes, 1º de octubre de 1982, párr. 8.

<sup>468</sup> El texto del párrafo g) del artículo 18 es el siguiente: “Por crimen contra la humanidad se entiende la comisión sistemática o en gran escala e instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo de cualquiera de los actos siguientes: ... g) deportación o traslado forzoso de poblaciones, con carácter arbitrario”. En el comentario se dice lo siguiente: “La expresión ‘con carácter arbitrario’ se utiliza para excluir los actos cometidos por motivos legítimos, como la salud o el bienestar públicos, de manera compatible con el derecho internacional”, Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (1996), párrafo g) del artículo 18 y comentario 13, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1996, vol. II, segunda parte, A/51/10.

<sup>469</sup> Estatuto de la Corte Penal Internacional, Roma, 17 de julio de 1998, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2187, No. 38544, pág. 3, en especial pág. 93.

<sup>470</sup> Elementos de los crímenes, Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Documentos Oficiales, primer período de sesiones, Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002, 108 Doc. ICC-ASP/1/3, pág. 118, apartado d) del párrafo 1) del artículo 7.

<sup>471</sup> Véase, por ejemplo, *The Japanese Immigrant Case*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 189 U.S. 86 (6 de abril de 1903), pág. 101: “Por consiguiente, ni el Secretario del Tesoro ni ningún otro funcionario ejecutivo tienen competencia en ningún momento dentro del año limitado por el estatuto para hacer arbitrariamente que un extranjero, que haya ingresado al país, y haya pasado a ser sujeto de su jurisdicción en todo sentido, y parte de su población, aunque se alegue que se halle ilícitamente aquí, sea sometido a custodia y deportado sin darle la oportunidad de ser oído respecto de las cuestiones que afectan su derecho a hallarse en los Estados Unidos y permanecer en ellos. No puede existir una facultad arbitraria de ese tipo en un

ciudadano estadounidense de Venezuela fue descrito como arbitrario porque la expulsión se hizo antes del juicio y el individuo fue expulsado sin haber tenido oportunidad de ver a su familia o de tomar medidas relativas a sus asuntos.

“La medida arbitraria es, como se ha observado, con frecuencia aparente en cuanto al método para efectuar la expulsión. Una vez aplicado por cierto Estado en el caso de un tal Hollander, ciudadano estadounidense, constituye un ejemplo ilustrativo. Tras haber sido detenida el 8 de febrero de 1889 acusada de calumnia y falsificación, Hollander fue mantenida en custodia hasta el 14 de mayo tras lo cual, antes del juicio fue expulsada del país por decreto ejecutivo y sin haber tenido oportunidad de ver a su familia o de adoptar disposiciones relativas a sus negocios.”<sup>472</sup>

239. Si bien parece haber acuerdo general respecto de la prohibición de la expulsión arbitraria de extranjeros, el tipo de conducta de un Estado que puede caracterizar una expulsión en ese sentido es bastante diversa.

#### 4. Trato de los extranjeros

240. El trato de los extranjeros es un tema de derecho internacional que ha experimentado cambios importantes en la teoría y en la práctica a lo largo de los siglos<sup>473</sup>. El desarrollo del derecho y la práctica relativos al trato de los extranjeros

lugar en que se reconozcan las garantías procesales”. “La primera cuestión que se ha de resolver es qué norma se adopta respecto de la decisión del Ministro de que un refugiado constituye un peligro para la seguridad del Canadá [y por lo tanto puede ser objeto de deportación]. Coincidimos con Robertson JA en que el tribunal que examine el caso debe adoptar un criterio deferente con respecto a esta cuestión y debe revocar la decisión discrecional del Ministro si es patentemente infundada en el sentido de que se adoptó arbitrariamente o de mala fe, no puede apoyarse en las pruebas, o si el Ministro dejó de considerar los factores correspondientes. El tribunal no debe volver a ponderar los factores ni interferir simplemente porque habría llegado a una conclusión diferente”, *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration and Others)*, Tribunal Supremo, 11 de enero de 2002, *International Legal Materials*, vol. 41, 2002, págs. 954 a 986, párr. 29, *International Law Reports*, vol. 124, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood, A.G. Oppenheimer (eds.), págs. 343 a 384, en especial pág. 354. “La afirmación del solicitante de que su expulsión contraviene la norma de la equidad debe ser rechazada. De la misma manera que las autoridades del Distrito de Lorrach [en el caso de N., el principal coacusado del solicitante] habían ejercido su facultad discrecional, el demandado tenía derecho a ejercer su facultad discrecional. Por conveniente que pueda resultar una aplicación homogénea de la *AusIG* en todos los diferentes *Länder* [estados] de la República Federal de Alemania, la norma de equidad contenida en el artículo 3 de la ley básica obliga simplemente a las autoridades a no ejercer su discrecionalidad con carácter arbitrario. De esta manera, no hay necesidad de examinar si los casos de N. y el demandante son comparables”, *Expulsion Order Case*, República Federal de Alemania, Tribunal Administrativo Superior de Hesse, 13 de noviembre de 1968, *International Law Reports*, vol. 61, E. Lauterpacht (ed.), C.J. Greenwood, págs. 436 a 443, en especial pág. 442 (se omiten las citas).

<sup>472</sup> Charles 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. 232 (se omiten las citas). “Al comentar este caso el Sr. Olney, Secretario de Estado, dijo: ‘Tras deliberar durante tres meses o más, con Hollander absolutamente en su poder, la autoridad ejecutiva lo expulsó de manera que frustró la acción de la justicia en los tribunales del país; eso violó las normas de derecho internacional y las disposiciones vigentes del tratado, al contrario de la práctica de las naciones civilizadas’”. *Ibid.*, pág. 232, No. 1 (citando una comunicación dirigida al Sr. Young, de Guatemala, el 30 de enero de 1896, *Relaciones Exteriores 1895*, II. 775, 779, Moore, Dig., IV, 102, 108).

<sup>473</sup> “El trato de los extranjeros ha sufrido grandes cambios, tanto en la teoría como en la práctica a lo largo de los siglos”, Richard B. Lillich, “Duties of States Regarding the Civil Rights of Aliens”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 161, 1978-III, págs. 329 a 443, en especial pág. 343. “La posición de los extranjeros en ningún momento ha dependido

se ha producido con respecto a las normas relativas al trato de los extranjeros así como al procedimiento para ocuparse de las violaciones de esa norma denunciadas. Ya en el siglo XVII el trato de los extranjeros se regía por la norma de “denegación de justicia”. Hacia el siglo XX el trato de los extranjeros pasó a ser materia de dos teorías conflictivas que constituyen fuente de bastante controversia<sup>474</sup>, a saber, la norma nacional y la norma mínima internacional<sup>475</sup>. Algunos autores han criticado

---

por completo de las obligaciones derivadas de los tratados. Nunca ha habido, y no hay en la actualidad, una obligación en derecho internacional general de admitir a los extranjeros en el territorio del país. Pero una vez que han sido admitidos han de ser tratados de acuerdo con los principios y las normas que el derecho internacional general ha desarrollado a lo largo de su historia”, Hermann Mosler, “The International Society as a Legal Community”, *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, vol. 140, 1976-IV, págs. 1 a 320, en especial págs. 71 y 72 (se omite la cita). “El derecho relativo al trato de los extranjeros, como parte del derecho internacional, carece de uniformidad, no sólo en lo que se refiere a las normas de derecho positivo, sino incluso en mayor medida en cuanto a los conceptos fundamentales en que se basa su estructura”. Andreas Hans Roth, nota 19 *supra*, pág. 61.

<sup>474</sup> “La norma del trato que ha de darse a los extranjeros sigue siendo una fuente fructífera de conflicto y controversia. En el pasado se habló mucho de la diferencia entre lo que comúnmente se describe como una norma mínima internacional, por una parte, y la norma de trato nacional, o igual, por la otra. La ‘norma mínima internacional’ se designa con diversos nombres, entre ellos las ‘normas de los Estados más avanzados’, las ‘normas ordinarias de justicia’, la ‘norma de la justicia civilizada’, etc. ... Pueden hallarse los orígenes de la norma en la práctica de los países económicamente más poderosos de Europa occidental que, junto con los Estados Unidos de América, estaban sumamente interesados en velar por la situación de sus nacionales en el extranjero. Esos Estados no sólo se aplicaban la norma entre ellos, sino que trataban además de imponerla a otros países, en particular a los que contaban con sistemas judiciales y administrativos menos desarrollados o más ineficientes. Las reacciones consiguientes se expresaron en la doctrina de la igualdad de trato de los nacionales y los extranjeros y en la afirmación de que los extranjeros no podrían adquirir, por ningún principio de derecho internacional, una posición más privilegiada que la de los nacionales”, Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 58 (se omite la cita). “La controversia relativa a las normas nacionales e internacionales no se ha mantenido dentro de los límites de la lógica, lo que no es sorprendente, ya que los dos puntos de vista reflejan intereses económicos y políticos en conflicto. De esta manera quienes apoyan el principio del trato nacional no están necesariamente comprometidos, como a veces sugiere, con la posición de que el derecho interno prima por sobre el derecho internacional. Es posible sostener que, como cuestión de derecho internacional, ha de definirse la norma del trato en términos de igualdad con arreglo al derecho local. Los protagonistas del trato nacional señalan el papel que el derecho asociado con la norma internacional ha desempeñado en mantener una condición privilegiada para los extranjeros, en apoyo del control extranjero de grandes zonas de la economía nacional, y como pretexto para las intervenciones extranjeras armadas. La experiencia de los Estados latinoamericanos y de otros impone suma cautela al ocuparse de la norma internacional, pero es necesario distinguir entre, por una parte, la cuestión del contenido de la norma y la forma de aplicación y, por la otra, el principio básico, que consiste simplemente en que el soberano territorial no puede en toda circunstancia evitar la responsabilidad indicando que los extranjeros y los nacionales han recibido igual trato”, Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, pág. 503 (se omiten las citas).

<sup>475</sup> “En el desarrollo histórico general de esta norma de derecho internacional consuetudinario singular para la protección de los extranjeros han competido por la aceptación general de la comunidad dos normas diferentes acerca de la responsabilidad de los Estados, y ambas incluyen una norma que prohíbe la discriminación contra los extranjeros. Se describe una de esas normas como la doctrina del ‘trato nacional’ o ‘igualdad de trato’, y según ella los extranjeros deben recibir igual trato, y sólo igual trato, que los nacionales. Se describe la segunda norma como la de la ‘norma internacional mínima’, que especifica que, independientemente de la forma en que un Estado pueda tratar a sus nacionales, hay cierto grado mínimo de trato humano que no se puede violar respecto de los extranjeros. Un examen de las decisiones y comunicaciones en el desarrollo del derecho consuetudinario relativo a los extranjeros, y especialmente en las

ambas teorías por cuanto dan soluciones insuficientes a problemas jurídicos que pueden surgir como resultado de la presencia de extranjeros del sector de un Estado<sup>476</sup>. La evolución del derecho y la práctica con respecto al procedimiento para solucionar el mal trato de los extranjeros ha incluido la represalia privada<sup>477</sup>, la protección diplomática<sup>478</sup> y la responsabilidad del Estado<sup>479</sup> por daños y lesiones causadas a extranjeros.

#### a) Denegación de justicia

241. El concepto de “denegación de justicia” ha sido objeto de la evolución de la práctica de los Estados en los últimos siglos<sup>480</sup>. Es una expresión que se ha utilizado

---

disposiciones recientes más generales relativas a los derechos humanos, determinará, se cree, que la segunda de esas normas se ha convertido en la expectativa general de la comunidad en el presente”, Myres S. McDougal, Harold D. Lasswell y Lung-chu Chen, “The protection of aliens from discrimination and world public order: responsibility of States conjoined with human rights”, *American Journal of International Law*, vol. 70, 1976, págs. 432 a 469, en especial págs. 443 y 444 (se omiten las citas).

<sup>476</sup> “Hoy en día ni la norma internacional mínima ni la doctrina de igualdad de trato dan solución apropiada a los problemas planteados por la presencia de extranjeros en el territorio de otro Estado. En tanto la norma internacional mínima es increíblemente vaga, la doctrina de igualdad de trato tiende a limitar la libertad de los extranjeros en el mismo grado que la de los nacionales. Con frecuencia es una medida que otros Estados consideran inaceptable”, Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 62.

<sup>477</sup> “De este somero examen de la historia del derecho a la represalia privada, se puede llegar a dos conclusiones respecto del derecho relativo al trato a los extranjeros tal como existía a fines del siglo XVIII. En primer lugar, al limitar inicialmente y en definitiva negar efectivamente el otorgamiento de cartas de represalia a los nacionales agraviados, los Estados se habían hecho cargo de la mayor parte de lo que hoy en día se llamaría el procedimiento de arreglo de controversias ... en segundo lugar, al usar el sistema de represalias, que entraba en acción solamente una vez que se concluía que había habido una denegación de justicia, los Estados han creado, aunque sea en la forma más rudimentaria, un conjunto de principios que rigen lo que ha llegado a designarse responsabilidad del Estado por daños y perjuicios causados a extranjeros”, Richard B. Lillich, nota 473 *supra*, págs. 345 y 346 (se omite la cita).

<sup>478</sup> “La sustitución de la protección diplomática por las represalias privadas y la elaboración de normas que rigen la responsabilidad de los Estados por los daños y lesiones causados a los extranjeros que no sólo comprendía sino que iba más allá del concepto de denegación de justicia constituye un paso significativo en el sentido del progreso de la comunidad internacional”, *Ibid.*, pág. 347.

<sup>479</sup> “Un examen del desarrollo del derecho relativo al trato de los extranjeros desde fines del siglo XVIII hasta la primera guerra mundial revela, por lo tanto, que lo que al comienzo del período no era más que un concepto primitivo de protección de nacionales de la denegación de justicia hecho efectivo mediante las represalias privadas sancionadas por el Estado se transformó, con la práctica de los Estados y las decisiones de las comisiones internacionales y nacionales de reclamaciones, en una colección bastante avanzada de normas de derecho internacional consuetudinario, con el respaldo de la protección diplomática, que rigen la responsabilidad de los Estados por los daños y lesiones causados a extranjeros”, *ibid.*, pág. 352.

<sup>480</sup> “El hecho de que se citen los tratados de Grotius y Vattel en algunos de los laudos arbitrales modernos respecto de la denegación de justicia no implica en modo alguno que se halle el origen de esa doctrina en las obras de esos autores. Es de gran antigüedad, y se pueden hallar indicios de ella en períodos inmediatamente posteriores a la migración de naciones, aunque es cierto que no existía en la época del derecho romano”, Hans W. Spiegel, “Origin and Development of Denial of Justice”, *American Journal of International Law*, vol. 32, 1938, págs. 63 a 81, en especial pág. 63. “El concepto de denegación de justicia se desarrolló en Europa a partir del siglo XIII”, Stephan Verosta, “Denial of Justice”, 1987, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 1007 a 1010, en especial pág. 1007. “La expresión ‘denegación de justicia’ está vinculada históricamente con la responsabilidad de los Estados por los daños y perjuicios

para referirse a diversas situaciones<sup>481</sup> y ha eludido un acuerdo general en cuanto a su definición precisa<sup>482</sup>. La visión más amplia abarca el tratamiento ilícito de un extranjero por las autoridades ejecutivas, legislativas o judiciales de un Estado<sup>483</sup>. La visión más estrecha se limita a la mala conducta o inacción del poder judicial que da como resultado una denegación de garantías procesales a un extranjero en la

---

causados en su territorio a la persona o los bienes de extranjeros, y en la edad media con la práctica de la represalia privada, una condición de su licitud”, Eduardo Jiménez de Aréchaga, “International Responsibility” en Max Sørensen (ed.), *Manual of Public International Law*, Nueva York, St. Martin’s Press, 1968, págs. 553 a 557, en especial pág. 553.

<sup>481</sup> “Las formas que puede asumir la denegación de justicia son sumamente variadas. Puede haber una denegación de justicia en cualquier abuso de la práctica de un tribunal en cualquier etapa de un procedimiento judicial, por ejemplo, el uso indebido de una declaración de inadmisibilidad de un recurso judicial, la determinación de incompetencia de un tribunal para conocer de un caso, el traslado de una cuestión a otro tribunal, el establecimiento irregular de un tribunal o la prolongación desusada e inexcusable de las actuaciones (*justicia protracta*)”, Stephan Verosta “*Denial of Justice*”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 1007 a 1010, en especial pág. 1008. “La expresión ‘denegación de justicia’ ha sido utilizada por los tribunales de reclamaciones de manera de abarcar el concepto general de responsabilidad del Estado por daños causados a extranjeros, pero se considera ampliamente como una categoría particular de deficiencias de parte de los órganos del Estado anfitrión, principalmente respecto de la administración de justicia. Se ha señalado que se ha dado tal variedad de definiciones de la expresión que tiene escaso valor y los problemas podrían analizarse en medida apropiada sin ella”, Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, pág. 506 (se omiten las citas).

<sup>482</sup> “Pocos términos de derecho internacional tienen tan gran diversidad de significados o matices como los que se han atribuido a la expresión denegación de justicia”, Gerald G. Fitzmaurice, “The Meaning of the Term ‘Denial of Justice’”, *British Year Book of International Law*, vol. 13, págs. 93 a 114, en especial pág. 93. En 1927 el Instituto de Derecho Internacional formuló las normas siguientes:

“Artículo 5. Un Estado será responsable de denegación de justicia:

1. Si los tribunales necesarios para la protección de los extranjeros no existen o no funcionan.
2. Si los tribunales no son accesibles a los extranjeros.
3. Si los tribunales no ofrecen las garantías indispensables para una administración apropiada de justicia.

Artículo 6. El Estado sería igualmente responsable si el procedimiento o el fallo constituyeron una manifiesta deficiencia de la justicia, en particular si se inspiraron en hostilidad contra los extranjeros en cuanto tales o en cuanto nacionales de un Estado determinado”, Instituto de Derecho Internacional, *Responsabilité internationale des États à raison de dommages causés sur leur territoire à la personne et aux biens des étrangers*, *Annuaire de l’Institut de Droit International*, vol. 33-III, 1927, pág. 330, en especial págs. 331 a 332 [original en francés].

<sup>483</sup> “En su acepción más amplia significa toda conducta arbitraria o ilícita de cualquiera de los tres poderes del Estado, ejecutivo, legislativo o judicial. La expresión incluye todo acto positivo o negativo de una autoridad del Estado, que no haya reparado el poder judicial, por el que se deniegue al extranjero la protección y el trato lícito a que tiene derecho legítimamente”, Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, Nueva York, The Banks Law Publishing Co., 1915, pág. 330. “Otros todavía proponen una visión incluso más amplia al aplicar la expresión a toda forma de trato internacionalmente ilícito de los extranjeros ... El significado de la expresión ‘denegación de justicia’ no debe utilizarse como un método para limitar o ampliar el alcance de la responsabilidad del Estado. La objeción obvia es que la denegación de justicia y la responsabilidad del Estado no son expresiones coextensivas, y que la responsabilidad del Estado por actos del poder judicial no se agota en el concepto de denegación de justicia”, Eduardo Jiménez de Aréchaga, “International Responsibility”, en Max Sørensen (ed.), *Manual of Public International Law*, Nueva York, St. Martin’s Press, 1968, págs. 553 a 557, en especial pág. 555.

administración de justicia<sup>484</sup>. Se ha dudado de la utilidad de esta norma atendidas normas más concretas que rigen diversos aspectos del trato de los extranjeros, incluida la administración de justicia<sup>485</sup>.

242. La Comisión consideró el concepto de denegación de justicia en el contexto de su labor relativa al tema de la protección diplomática. El Relator Especial del tema,

<sup>484</sup> “En su sentido más estrecho y más habitual la expresión denota algún grado de mala conducta o inacción del poder judicial en cuya virtud se deniega a un extranjero el beneficio de las garantías procesales. Implica, por lo tanto, cierto grado de violación de los derechos en la administración de justicia o un ilícito cometido con el uso indebido del procedimiento judicial”, Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, Nueva York, The Banks Law Publishing Co., 1915, pág. 330. “Parece posible ahora formular la proposición de que, cualquiera que sea la definición precisa que ha de darse a la denegación de justicia, en todo caso debe limitarse el alcance de la expresión a los actos u omisiones impropios que impliquen la responsabilidad del Estado en cierta manera relacionada con la administración de justicia, ya sea de parte del poder judicial mismo o de algún otro órgano del Estado”, Gerald G. Fitzmaurice, “The Meaning of the Term ‘Denial of Justice’”, *British Year Book of International Law*, vol. 13, 1932, págs. 93 a 114, en especial pág. 98. “Cualquier grado de familiaridad con las materias de derecho internacional revela la diversidad de significados asignados a la oración ‘denegación de justicia’ en las fuentes. La etiqueta misma no da una indicación suficiente de la base de la responsabilidad del Estado que se afirma que existe: pero las dificultades de la nomenclatura no deniegan la realidad de los títulos particulares e independientes de responsabilidad. La forma actual implica la violación de una norma internacional de trato justo por el mecanismo judicial mismo”, Ian Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility*, Parte I, Oxford, Clarendon Press, 1983, pág. 72 (se omiten las citas). “Se debe entender la denegación de justicia (*justitia denegata, déni de justice, refus de justice, Rechts-und Justizverweigerung*) como todo defecto en la organización de los tribunales o en el ejercicio de la justicia que implique una violación de las responsabilidades jurídicas internacionales de los Estados con respecto a la protección judicial de los extranjeros. Esto es aplicable no solamente al sistema judicial ordinario sino también a las demás ramas de la justicia, incluidos los tribunales de precios y los procedimientos administrativos”, Stephan Verosta “Denial of Justice”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 1007 a 1010, en especial pág. 1007. Véase también Clyde Eagleton, “Denial of Justice in International Law”, *American Journal of International Law*, vol. 22, 1928, págs. 538 a 559.

<sup>485</sup> “La expresión ‘denegación de justicia’, tras ser separada de la consecuencia jurídica de las represalias, readquiere su significado inicial en el sentido de negación a hacer justicia a un súbdito extranjero. Esta interpretación restrictiva rivaliza con otra que incluye en la denegación de justicia todo tipo concebible de delito internacional. Pero en el entretanto, es decir, en los últimos 100 años, el concepto de ilegalidad en derecho internacional ha adquirido un significado definido, por lo cual la interpretación más amplia de la expresión ‘denegación de justicia’ resulta superflua. Queda sin embargo la cuestión de si la interpretación restrictiva, en cuya virtud la denegación de justicia no es sino la negación a proteger con la justicia, resulta igualmente superflua. Debe responderse a esta pregunta en términos afirmativos por cuanto, con el tiempo, otros tipos de denegación de justicia, además de la negativa a conocer de una causa, han pasado ser delitos internacionales. Actualmente la única consideración importante es el tipo particular de omisión de hacer justicia en cuestión en cada caso”, Hans. W. Spiegel, “Origin and Development of Denial of Justice”, *American Journal of International Law*, vol. 32, 1938, págs. 63 a 81, en especial pág. 79 (se omite la cita). “A lo largo de los años se han hecho diversos intentos por estructurar una definición ‘estrecha’ de denegación de justicia pero no parece tener mucho sentido hacerlo. Lissitzyn tenía razón al opinar que ‘la determinación de controversias determinadas casi nunca ha dependido del significado que se asigna a la expresión. En casi todos los casos se ha tratado en realidad de si un Estado es o no responsable internacionalmente de un acto u omisión determinado, y no si ese acto u omisión puede llamarse denegación de justicia’”, Ian Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility*, Parte I, Oxford, Clarendon Press, 1983, pág. 73 (se omiten las citas) (citando a Oliver J. Lissitzyn, “The Meaning of the Term Denial of Justice in International Law”, *American Journal of International Law*, vol. 30, 1936, págs. 632 a 646, en especial pág. 645).

John Dugard, examinó la incertidumbre tanto en cuanto al contenido del concepto como en cuanto a su continua pertinencia de la manera siguiente:

“Observó que el contenido de la noción de denegación de justicia era incierto. Al comienzo del siglo XX, implicaba la negativa de acceso a los tribunales; los juristas latinoamericanos habían incluido la parcialidad judicial y las dilaciones en la justicia, mientras que otros opinaban que la denegación de justicia no se limitaba a la acción o inacción judicial, sino que incluía violaciones del derecho internacional por el poder ejecutivo y el legislativo. Según la doctrina contemporánea, la denegación de justicia se limitaba a los actos de los órganos jurisdiccionales o del procedimiento judicial en forma de un procedimiento inadecuado o de decisiones injustas. Sin embargo, aparecía cada vez menos en la jurisprudencia y había sido sustituida en gran parte por las normas de justicia enunciadas en instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.”<sup>486</sup>

243. El Relator Especial decidió no seguir examinando el concepto de denegación de justicia por cuanto la opinión predominante en la Comisión fue que no debía formar parte del estudio del tema<sup>487</sup>.

#### b) Tratamiento nacional

244. Ya en el siglo XVII se preveía en los tratados bilaterales de comercio el tratamiento de los extranjeros sobre la base de la norma de trato nacional o trato igual al de los ciudadanos<sup>488</sup>. El apoyo a la norma del trato nacional se mantuvo en diversos grados a lo largo de los siglos<sup>489</sup>. Esta norma se basa al parecer en los principios de la jurisdicción territorial y la igualdad<sup>490</sup>.

<sup>486</sup> Comisión de Derecho Internacional, Informe sobre la labor realizada en su 54º período de sesiones (29 de abril a 7 de junio y 22 de julio a 16 de agosto de 2002), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 10* (A/57/10), párr. 278 (se omiten las citas). Véase un examen de la denegación de justicia en relación con el agotamiento de los recursos internos, Protección diplomática, Segundo informe de John Dugard, Relator Especial, A/CN.4/514, Corr.1 y Corr.2, 28 de febrero de 2001.

<sup>487</sup> Comisión de Derecho Internacional, Informe sobre la labor realizada en su 54º período de sesiones (29 de abril a 7 de junio y 22 de julio a 16 de agosto de 2002), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 10* (A/57/10), párrs. 274 a 279.

<sup>488</sup> “En los tratados comerciales, en particular los del siglo XVII, se preveía el trato de los extranjeros sobre la base del trato nacional de los ciudadanos”, Rainer Arnold, “Aliens”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 102 a 107, en especial pág. 103.

<sup>489</sup> Véase F. V. García-Amador, “Calvo Doctrine, Calvo Clause”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. I, 1992, págs. 521 a 523, en especial pág. 521 (refiriéndose a Carlos Calvo, *Le droit international théorique et pratique* (5ª ed., 1896), vol. 6, pág. 231); Ian Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility*, Parte I, Oxford, Clarendon Press, 1983, págs. 501 y 502; R. C. Chhangani “Notes and Comments. Expulsion of Uganda Asians and International Law”, vol. 12, 1972, págs. 400 a 408, en especial págs. 403 y 404; Andreas Hans Roth, nota 19 *supra* pág. 62, y Peter Malanczuk, *Akehurst’s Modern Introduction to International Law*, 7ª ed. rev., Londres/Nueva York, Routledge, 1997, pág. 260. Véase también Convención de Montevideo sobre Derechos y Deberes de los Estados, Montevideo, 26 de diciembre de 1933, Sociedad de las Naciones, *Treaty Series*, vol. 165, pág. 19, artículo 9, párr. 2) (“los nacionales y los extranjeros gozan de la misma protección de la ley y las autoridades nacionales y los extranjeros no podrán reivindicar otros derechos o derechos más amplios que los de los nacionales”).

<sup>490</sup> “Siempre ha habido considerable apoyo a la opinión de que el extranjero sólo puede esperar igualdad de trato con arreglo al derecho interno porque se somete a las condiciones locales con



“La doctrina del ‘trato nacional’ o doctrina de la igualdad resume las normas del trato de los extranjeros diciendo que se cumplen las obligaciones internacionales del Estado desde el momento en que se pone al extranjero en pie de plena igualdad respecto de sus derechos civiles o particulares. Esa teoría parte del postulado principal de que los extranjeros deben aceptar la condición jurídica que encuentran en el país de residencia, y que ni él ni su Gobierno pueden reclamar fundadamente si se le da, como a los nacionales, el beneficio o la aplicación de esas condiciones.”<sup>491</sup>

245. La norma nacional de trato de los extranjeros no significaba que los extranjeros tuvieran derecho a la igualdad de trato con respecto a todos los derechos o beneficios de que gozaban los nacionales, como el derecho de voto o a ser elegido para cargos políticos<sup>492</sup>. Además, la norma nacional relativa al trato de los extranjeros no niega obligaciones específicas en derecho internacional con respecto

---

sus beneficios y cargas y porque dar al extranjero una condición especial sería contrario a los principios de la jurisdicción territorial y la igualdad”, Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, págs. 501 y 502 (se omiten las citas).

<sup>491</sup> Andreas Hans Roth, nota 19 *supra*, pág. 62.

<sup>492</sup> “Antes de examinar la validez del principio del trato nacional, debe observarse que hay acuerdo en que ciertas fuentes de desigualdad son admisibles. De esta manera no se sostiene que el extranjero tenga derechos políticos en el Estado anfitrión por derecho propio. Además, el extranjero debe atenerse al derecho interno en el Estado en que se halle en el momento que entra al país en cuanto a la regulación de la economía y la limitación del empleo de extranjeros en cierto tipo de trabajo. Puede sostenerse el acceso a los tribunales, pero con normas modificadas en cuestiones secundarias: de esta manera un extranjero podrá no tener acceso a asistencia judicial y se le podrá exigir que rinda fianza por las costas”, Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, pág. 502 (se omite la cita). El Tribunal Supremo de los Estados Unidos explicó la distinción de la manera siguiente: “En tanto se perpetúe de esta manera una condición doble en tanto habitante estadounidense pero ciudadano extranjero, puede beneficiarse de dos fuentes de derecho, el derecho estadounidense y el internacional. Puede pedir protección contra nuestro Gobierno que no está a disposición del ciudadano. En tanto extranjero puede reivindicar la condición de su ciudadanía para la intervención diplomática en su representación, lo que puede tener considerable valor. El Estado de origen de cada uno de esos extranjeros puede actualmente hacer una gestión diplomática contra las deportaciones si no se ajustan al derecho internacional, la costumbre prevaleciente entre las naciones o su propia práctica. El extranjero conserva la inmunidad de ciertas cargas que se imponen al ciudadano. Al no juramentarse en favor de los Estados Unidos, deja pendiente una pretensión extranjera sobre su lealtad que el derecho internacional no sólo permite que nuestro Gobierno reconozca sino que le impone ese respeto. En deferencia a él se otorga cierta dispensa de la conscripción de cualquier servicio militar a los extranjeros. No pueden, de manera coherente con nuestros compromisos internacionales, ser obligados a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país (artículo 23, Convenio de La Haya de 1907 relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre, 36 Stat. 2.501-2.502). Además de esas inmunidades generales pueden disfrutar de prerrogativas particulares de tratados (Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, Nueva York, The Banks Law Publishing Co., 1915, pág. 64). En nuestro derecho el extranjero está en un pie de igualdad con los ciudadanos en varios sentidos, pero en otros nunca se le ha otorgado paridad jurídica con el ciudadano. Lo que es más importante, ampliar esta situación ambigua en el país no es derecho suyo sino una cuestión de permiso y tolerancia. La facultad gubernamental de poner fin a esta hospitalidad ha sido afirmada y sostenida por este Tribunal desde la primera vez que se planteó la cuestión”, *Harisiades v. Shaughnessy*, Tribunal de Distrito, Distrito Sur de Nueva York, 9 de febrero de 1950, *International Law Reports*, 1952, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 69, págs. 341 a 350, en especial pág. 347.

al trato de los extranjeros como cuestión de derecho internacional consuetudinario o de derecho de los tratados<sup>493</sup>.

c) **Norma internacional mínima**

246. Se reconoció el concepto de una norma internacional mínima respecto del trato de los extranjeros ya a comienzos del siglo XIX<sup>494</sup>. En 1926 la Comisión de Reclamaciones México-Estados Unidos examinó el concepto de esa norma de la manera siguiente:

“El carácter apropiado de las medidas gubernamentales debe pasar la prueba de las normas internacionales ... El tratamiento otorgado a un extranjero, a fin de que constituya una violación del derecho internacional, debe equipararse al de un ultraje, a la mala fe, al abandono deliberado de los deberes, o a una insuficiencia de la medida gubernamental tan flagrante respecto de las normas internacionales que todo hombre razonable e imparcial reconocería prontamente su insuficiencia.”<sup>495</sup>

247. El concepto de lo que constituye la norma internacional mínima respecto del trato de los extranjeros ha evolucionado a través de los siglos. Hacia fines del siglo XX se describía esa norma de la manera siguiente:

<sup>493</sup> “La doctrina Calvo, cuya única función es prevenir el abuso del derecho a la protección diplomática, nunca impidió las reivindicaciones internacionales basadas en la violación de obligaciones internacionales bien establecidas con respecto al trato de los extranjeros”, F. V. García Amador, “Calvo Doctrine, Calvo Clause”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 521 a 523, en especial pág. 521. “Desde luego en virtud de un tratado pueden crearse variaciones más generales. Las diversas normas de tratamiento comúnmente utilizadas en los tratados son las siguientes: la reciprocidad, la puerta abierta, la buena vecindad y el trato idéntico, nacional, de cláusula de la nación más favorecida, equitativo y preferencial”, Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, págs. 501 y 502 (se omiten las citas).

<sup>494</sup> “Además, la costumbre internacional también favoreció el desarrollo de una norma mínima relativa al trato de los extranjeros una vez que han sido admitidos en un Estado. Este concepto se arraigó en el derecho internacional consuetudinario durante el siglo XIX, mientras los tratados estipulaban ciertos derechos que reflejaban una norma mínima que se remonta a un período anterior”, Rainer Arnold, “Aliens”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 102 a 107, en especial págs. 103 y 104. “La norma que protege al cuerpo, la vida y la libertad espiritual del extranjero, sus bienes y sus medios de obtener reparación, le dan, a falta de disposición de tratado, la seguridad necesaria de una vida decente. Puede no ser mucho, pero desde el punto de vista del derecho internacional en general otorga al extranjero una condición singular, a saber, la de un individuo que se beneficia directamente del derecho internacional”, Andreas Hans Roth, nota 19 *supra*, pág. 191. Véase también Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I, Peace (partes 2 a 4), 1996, págs. 910, 932 y 933; Hans Kelsen, *Principles of International Law*, revisado y editado por Robert W. Tucker, 2ª ed., Holt, Rinehart y Winston, Inc., 1966, págs. 366 y 367; Peter Malanczuk, *Akehurst’s Modern Introduction to International Law*, 7ª ed. rev., Londres/Nueva York, Routledge, 1997, pág. 260; Detlev Vagts, “Minimum Standard”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 3, 1997, págs. 408 a 410; W. Friedman, “Some Impacts of Social Organization on International Law”, *American Journal of International Law*, vol. 50, 1956, págs. 475 a 513, en especial págs. 500 a 502; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, págs. 502 y 503; R. C. Chhangani, “Notes and Comments. Expulsion of Uganda Asians and International Law”, vol. 12, 1972, págs. 400 a 408, en especial pág. 404.

<sup>495</sup> *L. F. H. Neet y Pauline Neer (United States of America) v. United Mexican States*, Comisión General de Reclamaciones México-Estados Unidos, laudo de 15 de octubre de 1926 pág. 60 y ss., en especial págs. 61 y 62.

“Los extranjeros disfrutan de una norma mínima de derechos con arreglo al derecho internacional general. Esa norma consiste en ciertos derechos fundamentales, que puede ampliar el derecho interno o internacional. Como se reconoce comúnmente esos derechos son el reconocimiento de la personalidad jurídica, las normas relacionadas con el trato humano, los procedimientos legítimos en caso de detención, el derecho de acceso libre a los tribunales, la protección de la vida y la libertad contra las acciones criminales, la prohibición de la confiscación, etc.”<sup>496</sup>

248. La norma internacional mínima se basa en la premisa de que el derecho internacional contiene ciertas normas respecto del tratamiento de los extranjeros y que un Estado no puede invocar su derecho interno como razón para dejar de cumplir esas normas.

“Es un principio bien establecido que un Estado no puede invocar su legislación interna como razón para eludir sus obligaciones internacionales. Por una razón sustancialmente igual, un Estado, al ser acusado de violar sus obligaciones internacionales respecto del trato con los extranjeros, no puede argumentar válidamente que en su propio derecho y práctica el acto objeto de la reclamación no implica discriminación contra los extranjeros en comparación con los nacionales. Esto se aplica en particular a la cuestión del trato de la persona de los extranjeros. Se ha establecido reiteradamente que existe en esta materia una norma internacional mínima y que un Estado que no cumple esa norma incurre en responsabilidad internacional. Desde luego, si un Estado trata a sus propios nacionales mejor que lo que se requiere con respecto a los extranjeros de acuerdo con la norma internacional mínima, al otorgar a los extranjeros el tratamiento nacional evitará incurrir en la responsabilidad internacional por ese motivo; como puede hacerlo incluso si les otorga un trato inferior al trato nacional, con tal de que los trate de manera que cumpla la norma internacional mínima.”<sup>497</sup>

249. Hay diferentes opiniones respecto del contenido<sup>498</sup> y la función de la norma internacional mínima relativa al trato de los extranjeros. Se ha sugerido que algunos aspectos de la norma internacional mínima son aceptados más ampliamente que otros<sup>499</sup>. Se ha sugerido también que el contenido indeterminado de la norma

<sup>496</sup> Rainer Arnold, “Aliens” en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. I, 1992, págs. 102 a 107, en especial pág. 105.

<sup>497</sup> Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, págs. 931 y 932 (se omiten las citas).

<sup>498</sup> “Se han dado a la ‘norma internacional mínima’ diversos nombres, entre ellos las ‘normas de los Estados más avanzados’, las ‘normas ordinarias de justicia’, la ‘norma de la justicia civilizada’, etc. De hecho, lo diverso de la terminología se equipara al escaso acuerdo respecto del contenido de la norma propuesta”, Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 58. “Ha constituido fuente de dificultad la tendencia de los autores y los tribunales a asignar a la norma internacional un contenido excesivamente ambicioso, desconociendo la disparidad de las normas observadas en muchas esferas bajo la administración de gobiernos con una forma ‘occidental’ de civilización en el último siglo aproximadamente ... Este autor considera que no es posible postular la existencia de una norma internacional mínima que de hecho apoye una filosofía determinada de la vida económica a expensas del Estado anfitrión”, Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, págs. 503 y 505 (se omiten las citas).

<sup>499</sup> “Lo que concita verdaderamente la oposición de los críticos de la norma internacional mínima no es el *principio* de la existencia de esa norma sino el *contenido* de algunas de las reglas que se sostiene que forman parte de la norma ... Algunas de las reglas comprendidas en la norma internacional mínima son aceptadas más ampliamente que otras. Por ejemplo, pocos pueden

dificulta su aplicación en la práctica<sup>500</sup>. Por el contrario, se ha expresado la opinión de que la norma ha de ser algo vaga a fin de aplicarla a diversas organizaciones administrativas y gubernamentales<sup>501</sup>. La posibilidad de establecer una norma única para abarcar todas las situaciones ha sido puesta en duda<sup>502</sup>. A este respecto se ha descrito la norma internacional mínima como una guía en el proceso de decisión más bien que una norma decisiva<sup>503</sup>.

#### d) Norma pertinente a la expulsión de extranjeros

250. Las normas generales relativas al trato de los extranjeros se desarrollaron inicialmente como respuesta principalmente a la confiscación y nacionalización de

---

negar que habrá responsabilidad de un Estado si se mata, encarcela o se propinan malos tratos físicos ilícitamente a un extranjero, o si saquean o dañan sus bienes, a menos, desde luego, que el Estado pueda invocar algunas circunstancias que justifiquen el acto, como el hecho de que era necesario como medio para mantener el orden público (la detención y el castigo de delincuentes, el uso de la fuerza para poner fin a un amotinamiento, etc.). Por otra parte, la severidad *excesiva* para mantener el orden público también dejará de cumplir la norma internacional mínima (el castigo sin un juicio justo, una detención excesivamente prolongada antes del juicio, heridas fatales provocadas por policías que dispersan una demostración pacífica, un castigo indebidamente severo por un delito trivial, etc.)”, Peter Malanczuk, *Akehurst’s Modern Introduction to International Law*, 7ª ed. rev., Londres/Nueva York, Routledge, 1997, pág. 261 (se omiten las citas).

<sup>500</sup> “Esta teoría es indeterminada en cuanto a su contenido y su aplicación no es fácil. Ha sido opuesta en parte por los países asiáticos, africanos y latinoamericanos porque otorga una ‘condición dignificada o especial’ a los extranjeros”, R. C. Chhangani, “Notes and Comments. Expulsion of Uganda Asians and International Law”, vol. 12, 1972, págs. 400 a 408, en especial pág. 404.

<sup>501</sup> “La norma puede ser vaga, defectuosa e incompleta. Con toda seguridad deja suficiente ámbito para la interpretación. Pero la interpretación es necesaria. La diversidad de la organización administrativa y gubernamental hace necesaria cierta vaguedad porque, de lo contrario, la norma nunca podría aplicarse de manera general atendidas las infinitas posibilidades de diversidad propias de la vida práctica”, Andreas Hans Roth, nota 19 *supra*, pág. 191.

<sup>502</sup> “Lo básico parecería ser que no hay una norma única. Las circunstancias, por ejemplo, el estallido de una guerra, pueden crear excepciones a la regla del trato internacional, incluso cuando se aplica en principio. Cuando es aplicable un cuidado razonable o la debida diligencia, podría utilizarse la *diligentia quam in suis* y representaría una versión más adelantada del principio del trato nacional. La *diligentia quam in suis* permitiría variaciones en cuanto a las normas de riqueza y educacionales entre los diversos Estados del mundo sin constituir una norma nacional mecánica ligada a la igualdad. Aunque en ocasiones se confunden ambas, no es idéntica al trato nacional. Hay apoyo para la opinión de que la *diligentia quam in suis* ha sido aceptada desde hace mucho tiempo como la norma en relación con los daños derivados de una insurrección y una guerra civil. Finalmente, hay ciertas normas principales de derecho, incluida la proscripción del genocidio, que constituyen claramente normas internacionales”, Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, pág. 504 (se omiten las citas). Se traduce la oración “*diligentia quam in suis*” como “tratamiento nacional pero sobre la base de la norma *ordinariamente* observada por ese Estado en particular en sus propios asuntos”. *Ibid.*, pág. 504, nota 35.

<sup>503</sup> “La norma internacional mínima que surgió en el siglo XIX estaba mal llamada, sin embargo, en cuanto no era, y de hecho nunca ha llegado a ser, una *norma* definida con un contenido fijo. Más bien, es una receta muy generalizada que se ha de usar en lo que el Profesor McDougal llama ‘el proceso de decisión’, un *proceso* en que la cuestión de si un Estado es responsable en derecho internacional por el daño sufrido por un extranjero puede ponderarse y resolverse dados el contexto y los hechos de una reclamación determinada”, Richard B. Lillich, nota 473 *supra*, pág. 350 (la cita se refiere a M. McDougal and Associates, *Studies in World Public Order*, pág. 869 (1960)). “En primer lugar, debe comprenderse que la norma mínima, tal como se concibe en general, es una forma de instrucción universal que no se puede enmarcar, pero que tiene una clara influencia en cada aspecto particular de la existencia del extranjero”, Andreas Hans Roth, nota 19 *supra*, pág. 188.

los bienes de extranjeros. Esas normas dan orientación limitada en cuanto a los requisitos sustantivos y procesales concretos para la expulsión de extranjeros por las razones siguientes. En primer lugar, el concepto de denegación de justicia no parecería constituir una norma precisa para la expulsión lícita de los extranjeros. En segundo lugar, la norma del trato nacional no parecería ser particularmente útil por cuanto los nacionales habitualmente no son objeto de expulsión. En tercer lugar, la norma internacional mínima puede dar orientación útil respecto de la expulsión de extranjeros<sup>504</sup>. Se ha reconocido la pertinencia de esa norma respecto de la expulsión de extranjeros en la práctica de los Estados y en la teoría<sup>505</sup>. No obstante, una determinación más precisa de los requisitos sustantivos y procesales para la expulsión lícita de los extranjeros requiere la consideración de los derechos humanos pertinentes de todos los individuos en el derecho internacional contemporáneo.

## B. Limitaciones contemporáneas

### 1. Los efectos de los derechos humanos sobre el tratamiento de los extranjeros

251. El desarrollo de las normas internacionales de derechos humanos ha tenido efecto importante sobre las normas de derecho internacional que rigen el tratamiento

<sup>504</sup> “Independientemente de la existencia o inexistencia de un derecho ilimitado a expulsar extranjeros, el maltrato, 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 sus derechos de jurisdicción exclusiva”, Georg Schwarzenberger, “The Fundamental Principles of International Law”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, vol. 87, 1955-I, págs. 290 a 383, en especial págs. 309 y 310.

<sup>505</sup> “En principio, el extranjero tiene derecho a un trato no menos favorable que la ‘norma mínima’ exigida por el derecho internacional. Su expulsión arbitraria o sin causa fundada bien puede equivaler a un trato inferior a la norma mínima”, Richard Plender, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pág. 460 (la cita omitida se refiere a *Administrative Decision No. V, United States v. Germany*, laudo de 31 de octubre de 1924, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. VII, pág. 119; *L.F.H. Neet y Pauline Neer (United States of America) v. United Mexican States*, Comisión General de Reclamaciones México-Estados Unidos, laudo de 15 de octubre de 1926, pág. 60; *Hines v. Davidowitz et al.*, 312 U.S. 52 (1941)). “La expulsión misma debe hacerse con arreglo a normas generales que el derecho internacional ha establecido respecto del tratamiento de los extranjeros. Por lo tanto, debe tenerse debida consideración por la dignidad del individuo y sus derechos básicos en tanto ser humano”, Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 308. “Entre los temas desarrollados se hallan los derechos de los extranjeros a un procedimiento judicial, civil o penal, justo, es decir, no ser víctima de denegación de justicia, a un trato decente en caso de ser encarcelado, a la protección contra desórdenes, violencia y deportación abusiva y al goce de su propiedad a menos que se le prive de ella con un fin público y con una compensación justa”, Detlev Vagts, “Minimum Standard”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 3, 1997, págs. 408 a 410, en especial pág. 408. “Una vez que se admite a los extranjeros en un país, el ejercicio arbitrario de la jurisdicción territorial a su respecto se rige por la regla de las normas mínimas de derecho internacional. Esto no requiere igualdad con los nacionales del país en cuestión, ni es la igualdad necesariamente suficiente. El derecho internacional consuetudinario fija sus propias normas que debe cumplir el Estado de viaje, residencia o domicilio de un extranjero. Las cuestiones especiales, como la expulsión arbitraria de extranjeros, se rigen o no por esas normas mínimas”, Georg Schwarzenberger, “The Fundamental Principles of International Law”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, vol. 87, 1955-I, págs. 290 a 383, en especial págs. 317 y 318.

de los extranjeros en la medida en que se reconoce que esos derechos corresponden a las personas en tanto seres humanos independientemente de su condición de nacionales o extranjeros en relación con un Estado determinado<sup>506</sup>. El reconocimiento de los derechos humanos de las personas independientemente de su nacionalidad<sup>507</sup> se ha considerado una importante adición a los derechos de que anteriormente disfrutaban los extranjeros con arreglo a las normas del derecho internacional que rigen el tratamiento de los extranjeros<sup>508</sup>. Sin embargo, se han descrito también los

<sup>506</sup> “Aunque nunca se negó que el hombre es el objeto último del derecho, y que el derecho internacional no constituye una excepción a este principio básico, tradicionalmente el derecho internacional se refería sólo a los nacionales extranjeros que debían ser tratados con arreglo a normas especiales en virtud de tratados y ciertas normas previstas por el derecho internacional general”, Hermann Mosler, “The International Society as a Legal Community”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, vol. 140, 1976-IV, págs. 1 a 320, en especial pág. 70. “La evolución reciente del derecho internacional, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), brinda a todos los individuos, nacionales o extranjeros, ciertos derechos humanos y libertades fundamentales”, R. C. Chhangani, “Notes and Comments. Expulsion of Uganda Asians and International Law”, vol. 12, 1972, págs. 400 a 408, en especial pág. 404. Véase una sinopsis de la aplicabilidad de los derechos humanos a los extranjeros en Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, Nota del Secretario General, El problema de la aplicabilidad de las disposiciones internacionales vigentes para la protección de los derechos individuales humanos de los individuos que no son ciudadanos del país en que viven, Estudio de los instrumentos internacionales en la esfera de los derechos humanos relativos a las distinciones en el goce de ciertos derechos entre nacionales e individuos que no son ciudadanos de los Estados en que viven, E/CN.4/Sub.2/335, 16 de agosto de 1973.

<sup>507</sup> “La transformación de la posición del individuo es una de las particularidades más notables del derecho internacional contemporáneo”, Shigeru Oda, “Legal Status of Aliens”, in Max Sørensen (dir.) *Manual of Public International Law*, Nueva York, St. Martin’s Press, 1968, págs. 481 a 495, en especial pág. 471. “En los últimos años el cambio más importante del principio de la jurisdicción interna ha sido el desarrollo de las normas relativas a los derechos humanos. La idea de que una persona puede tener derecho en derecho internacional a ciertos derechos que le pertenecen en tanto persona humana, y no sólo indirectamente en su carácter de nacional de un Estado y de extranjero en otro, y más aún que esos derechos están a su disposición incluso contra su propio Estado nacional, es una invasión de una de las esferas clásicas del dominio reservado”, Robert Y. Jennings, “General Course on Principles of International Law”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, vol. 121-II, Leiden, A.W. Sijthoff, 1967, págs. 321 a 605, en especial pág. 503.

<sup>508</sup> “En suma, lo principal del movimiento contemporáneo de derechos humanos consiste en otorgar a los nacionales la misma protección que anteriormente se otorgaba a los extranjeros únicamente, a la vez que se eleva la norma de protección a todos los seres humanos, tanto nacionales como extranjeros, mucho más allá de la norma internacional mínima desarrollada con arreglo al derecho consuetudinario anterior”, Myres S. McDougal, *et. al.*, nota 475 *supra*, pág. 464 (se omite la cita). “Las disposiciones de tratados relativas a los derechos humanos abundan en la norma mínima en muchos sentidos importantes...”, Rainer Arnold, “Aliens”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 102 a 107, en especial pág. 105. “Es indudable que desde 1945 la evolución de los derechos humanos ha aportado nuevo contenido a la norma internacional basada en esos principios de derechos humanos que han pasado a ser parte del derecho internacional consuetudinario. Esos principios incluían el principio de la no discriminación en razón de la raza, la prohibición del genocidio y la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos y degradantes. Sería oportuno acometer una síntesis minuciosa de las normas de derechos humanos y las normas modernas de ‘tratamiento de los extranjeros’”, Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, pág. 505 (se omiten las citas).

derechos humanos en el sentido de brindar insuficiente protección a los extranjeros en lo que respecta a la expulsión<sup>509</sup>.

252. En 1985 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven reconociendo expresamente que “la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en los instrumentos internacionales debe garantizarse también para los individuos que no son nacionales del país en que viven”<sup>510</sup>. La elaboración de la declaración, que tardó más de 10 años, se inició como “una respuesta de ‘transacción’ para hacer frente al problema de la expulsión masiva, el ejemplo de lo cual fue la expulsión sumaria de muchos miles asiáticos de Uganda en los primeros años del decenio de 1970”<sup>511</sup>. Se ha sugerido que la Declaración no prevé mayor protección para los extranjeros que los dos Pactos<sup>512</sup>.

253. Hay algunos derechos humanos que pueden ser pertinentes a la determinación de la licitud de una expulsión, como los derechos de la familia, los derechos del niño, la libertad de expresión, los derechos sindicales, el derecho de propiedad, el derecho a ingresar o regresar al Estado de la nacionalidad de la persona, las garantías procesales, el derecho a un tratamiento humano y la prohibición de la tortura<sup>513</sup>. Esos derechos humanos han sido objeto de diversos tratados y

<sup>509</sup> “Conceptualmente, los límites de los derechos humanos con respecto a la expulsión son más bien peculiares. En tanto norma, los derechos humanos protegen a todos los seres humanos independientemente de su nacionalidad; en algunos casos excepcionales, como el derecho a participar en elecciones, sólo pueden ser invocados por los ciudadanos de un país determinado. Los límites que los derechos humanos imponen a la expulsión, por el contrario, protegen exclusivamente a los extranjeros. Esto explica por qué la mayoría de esas garantías ofrecen una protección relativamente más débil y permiten muchas excepciones. La soberanía de los Estados respecto de la admisión de los extranjeros sigue siendo el punto de partida, y las limitaciones impuestas al poder para ordenar las expulsiones y deportar constituyen la excepción. Existe un riesgo en este criterio de no tomar suficientemente en serio las necesidades legítimas de las personas que viven en el extranjero y reconocer sólo en medida insuficiente su vulnerabilidad”, Walter Kälin, nota 277 *supra*, pág. 143 (se omite la cita).

<sup>510</sup> Resolución 40/144, 13 de diciembre de 1985, párr. 7 del preámbulo.

<sup>511</sup> Gervase J.L. Coles, “*The human rights of individuals who are not nationals of the country in which they live*”, *Yearbook*, Instituto Internacional de Derecho Humanitario, 1985, págs. 126 a 153, en especial pág. 126 (se omite la cita).

<sup>512</sup> “En gran medida las disposiciones de la Declaración repiten, de manera menos amplia, las disposiciones que, con arreglo a los pactos de derechos económicos, sociales y culturales y de derechos civiles y políticos de 1966, ya son obligatorios respecto de la mayoría de los Estados y con respecto a todos los individuos dentro de sus territorios y con sujeción a su jurisdicción, lo que incluye tanto a los extranjeros como a los nacionales”, Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, pág. 909. “No cabe sorprenderse, tal vez, de que la amplitud del tema finalmente haya llevado a que se hiciera una declaración que es muy general. No sólo no agrega mucho a la comprensión de los derechos vigentes sino que se puede sostener que, en general, la Declaración tendrá un efecto represivo en lo que respecta a mayores intentos por lograr progresos respecto del desarrollo de los derechos de los extranjeros. En realidad se halló necesario incluir en el segundo artículo de la Declaración una cláusula de ‘salvaguardia’: “La presente Declaración no menoscabará el goce de los derechos otorgados por la legislación nacional ni de los derechos que, con arreglo al derecho internacional, todo Estado está obligado a conceder a los extranjeros, incluso en los casos en que la Declaración no reconozca esos derechos o los reconozca en menor medida”, Gervase J.L. Coles, nota 511 *supra*, pág. 126.

<sup>513</sup> Véase R. C. Chhangani, *Expulsion of Benin Nationals and International Law*, *Indian Journal of International Law*, vol. 20, 1980, págs. 149 a 154, en especial pág. 151. Véanse también las partes VII.B, VII.C, VIII.B y IX.B.

declaraciones aprobados en el marco de las Naciones Unidas<sup>514</sup> y de organizaciones regionales<sup>515</sup>.

254. Hay diferentes opiniones respecto de la relación entre las normas de derecho internacional relativas a los derechos humanos y las relativas al tratamiento de los extranjeros, incluidas: 1) la norma mínima de tratamiento de los extranjeros es prácticamente la misma que los derechos humanos fundamentales de los individuos independientemente de su nacionalidad<sup>516</sup>; 2) las normas internacionales de derechos humanos han evolucionado hasta el punto que precluyen el igual trato o la norma internacional mínima respecto del tratamiento de los extranjeros<sup>517</sup>; 3) las normas internacionales de derechos humanos contribuirán al mayor desarrollo de la norma relativa al tratamiento de los extranjeros<sup>518</sup>; 4) la norma internacional

<sup>514</sup> Véanse en particular la Carta de las Naciones Unidas, Artículos 1 3), 13 1), 55, 56, 62 2) y 76; la resolución 217 (III), Carta Internacional de Derechos Humanos: Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 16 de diciembre de 1966, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, No. 4668, pág. 171.

<sup>515</sup> Véanse, por ejemplo, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en su versión modificada por el Protocolo No. 11, Roma, 4 de noviembre de 1950, *European Treaty Series* No. 5; el Protocolo No. 4 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, nota 55 *supra*; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, 22 de noviembre de 1969, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1144, No. 17955, pág. 123; la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Nairobi, 27 de junio de 1981, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1520, No. 26363, pág. 217; el Protocolo No. 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Estrasburgo, 22 de noviembre de 1984, *European Treaty Series*, No. 117.

<sup>516</sup> “En teoría, no se protege a los extranjeros en tanto individuos sino en su carácter de nacionales de un país extranjero. Si se examinan más detenidamente los requisitos detallados de esta norma, las normas individuales que comprende son más o menos las mismas que los derechos fundamentales mínimos que hoy en día se consideran *derechos humanos independientemente de la nacionalidad*”, Hermann Mosler, “The International Society as a Legal Community”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, vol. IV, tomo 140, 1976, págs. 1 a 320, en especial pág. 72 (se omite la cita; en cursiva en el original).

<sup>517</sup> “Se espera que esto será el primer paso del desarrollo hacia el reconocimiento de los derechos humanos internacionales que subsumen y reemplazan la norma para poner a todos los individuos, extranjeros y nacionales, súbditos y apátridas, bajo la igual protección del derecho internacional”, Andreas Hans Roth, nota 19 *supra*, pág. 191. “En cuanto a la doctrina, el reconocimiento internacional de los derechos humanos ha evolucionado en medida suficiente para justificar la posición de que el principio de igualdad, así como la norma internacional mínima, han sido superados. Las dos normas tradicionales se basaban en la distinción entre nacionales y extranjeros; los instrumentos generales y regionales que reconocen los derechos humanos desconocen del todo tal distinción”, F. V. Garcia-Amador, “Calvo Doctrine, Calvo Clause”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 521 a 523, en especial pág. 523.

<sup>518</sup> “A medida que aumenta el conjunto de normas de derechos humanos las disposiciones detalladas de convenciones recientes pasarán al primer plano hasta imponer obligaciones concretas a los Estados. Durante este período de evolución, sin embargo, cabe escasa duda de que esas disposiciones detalladas seguirán indicando el contenido de las obligaciones *generales* ya asumidas por los Estados y enunciando normas del tratamiento que se ha de dar tanto a los nacionales como a los extranjeros. La historia y el desarrollo del principio de no discriminación son ejemplo evidente de esta limitación lenta pero gradual del poder de los Estados”, Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 74 (se omite la cita, en cursiva en el original). “El concepto de derechos humanos ha contribuido desde luego en gran medida a la norma internacional mínima en algunas esferas, especialmente en los casos en que la norma internacional mínima no ha sido ya claramente establecida, o donde tiende a estar superada. De esta manera, las afirmaciones del derecho a la vida, la libertad, la libertad de la esclavitud, el derecho al reconocimiento en tanto



mínima de tratamiento de los extranjeros sigue siendo pertinente en la medida en que contiene obligaciones adicionales para los Estados respecto del tratamiento de los extranjeros<sup>519</sup>; 5) los procedimientos separados para reparar las violaciones de los dos diferentes tipos de normas de derecho internacional tienen pertinencia permanente<sup>520</sup>, y 6) la síntesis de los derechos humanos internacionales y de la

---

persona ante la ley, el derecho a la libertad de detención arbitraria o el derecho a un juicio justo ayudan a confirmar los derechos de los extranjeros que pueden haber sido concedidos anteriormente o no”, Chittaranjan Felix Amerasinghe, *State Responsibility for Injuries to Aliens*, Londres, Oxford University Press, Clarendon Press, 1967, pág. 279. “De hecho, como se ha demostrado, las normas internacionales de derechos humanos que garantizan el derecho a la vida, la libertad y la seguridad de la persona, así como el derecho a no ser sometidos a tortura ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes, refuerzan el derecho internacional que rige el tratamiento de los extranjeros aplicable en los tres casos. Al invocar las normas internacionales de derechos humanos en situaciones semejantes en el futuro, tendencia que razonablemente cabe anticipar, los Estados no solamente están protegiendo los derechos humanos de los individuos sino que están contribuyendo además al desarrollo de un derecho contemporáneo que regirá el tratamiento de los extranjeros de manera aceptable para todos los Estados y que tenga valor para toda la comunidad internacional”, Richard B. Lillich, nota 473 *supra*, pág. 410 (se omiten las citas).

<sup>519</sup> “En muchos casos un Estado puede, al defender los derechos de sus nacionales en el extranjero, sostener que hay derechos humanos independientemente de la nacionalidad y del derecho interno. Entre esos derechos se incluyen los derechos concedidos por el derecho internacional consuetudinario y, entre los Estados que son partes, los garantizados por convenios unilaterales, principalmente los pactos patrocinados por las Naciones Unidas. En Europa occidental un extranjero puede invocar el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en América Latina, la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Con todos estos adelantos de la protección de las normas de derechos humanos, sin embargo, aún hay formas significativas en que la norma tradicional mínima es más exigente en cuanto a la conducta del Estado”, Detlev Vagts, “*Minimum Standard*”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 3, 1997, págs. 408 a 410, en especial págs. 409 y 410.

<sup>520</sup> “Cuando se consideran en su conjunto las nuevas disposiciones relativas a derechos humanos se hacen extensivas a todos los valores básicos de la dignidad humana que los pueblos del mundo exigen hoy en día, y las normas más detalladas especificadas con respecto a cada uno de esos valores tienen toda la precisión y definición que la aplicación racional permite o requiere. La consecuencia, como insiste el Dr. García Amador, es que el debate permanente acerca de las doctrinas de la norma internacional mínima y la igualdad de trato ha pasado a ser ahora sumamente artificial; actualmente se dispone de una norma internacional con autoridad respecto de todos los seres humanos. Sin embargo, no se desprende de ello que la nueva evolución de las disposiciones sustantivas de derechos humanos hayan hecho desaparecer la protección de los individuos con los procedimientos tradicionales desarrollados por el derecho consuetudinario acerca de la responsabilidad de los Estados por daños provocados a los extranjeros”, Myres S. McDougal, *et al* nota 475 *supra*, pág. 464 (se omiten las citas). “Los especialistas en derecho internacional ya han comenzado a hablar de la asimilación del derecho consuetudinario relativo al trato de los extranjeros con la nueva norma de la Carta acerca del respeto universal y la observancia de los derechos humanos. La asimilación es bastante lógica en lo que se refiere a las ‘normas mínimas’, es decir, el alcance de los derechos y libertades fundamentales protegidos por el derecho internacional. Los derechos humanos, con arreglo a la hipótesis, son derechos que se asignan a los seres humanos por igual, independientemente de su nacionalidad. En general, como he dicho, la Declaración brinda a los extranjeros por lo menos las normas mínimas de trato garantizadas por el derecho consuetudinario. Asimilar la posición de los extranjeros a la de los nacionales respecto de los recursos, sin embargo, sería completamente inaceptable en la situación actual de los recursos internacionales respecto de las violaciones de derechos humanos. Sin duda el uso indebido del derecho de protección diplomática ha ocurrido en el pasado cuando su ejercicio iba respaldado por la amenaza o el uso de la fuerza. Ese, sin embargo, es un asunto que se refiere al derecho relativo al uso de la fuerza y está ahora comprendido en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta. El derecho de protección diplomática de la norma consuetudinaria está profundamente arraigado en la historia y tenía por objeto satisfacer una necesidad esencial de la comunidad internacional si habían de florecer el comercio y las relaciones internacionales. En todas las épocas, e incluso hoy en día, las

norma internacional mínima para el tratamiento de los extranjeros no serían aceptables para la mayoría de los Estados<sup>521</sup>. Más concretamente, se ha expresado la opinión de que los derechos humanos dan garantías relativamente débiles a los extranjeros que están sujetos a expulsión porque los derechos de los extranjeros en esas circunstancias están sujetos a muchas excepciones<sup>522</sup>.

255. No parecería necesario considerar en mayor medida las relaciones entre ambas esferas del derecho internacional en la actualidad. Baste con señalar que ambas esferas del derecho internacional pueden contener normas pertinentes al tema que se examina. Se considerarán las normas pertinentes del derecho internacional en relación con las condiciones sustantivas y procesales concretas<sup>523</sup> para la expulsión

---

tendencias xenofóbicas y la discriminación contra los extranjeros se han manifestado periódicamente en diferentes países. Un extranjero está peculiarmente expuesto a la privación de los derechos humanos fundamentales, y el recurso a la intervención diplomática es esencial tanto para su protección como para reducir el riesgo de medidas más graves adoptadas por el Estado del que es nacional. Mientras no exista un sistema general y eficaz de protección de los derechos humanos por conducto de los órganos internacionales no será seguro prever la desaparición de la protección diplomática de los extranjeros por su propio Estado”, Humphrey Waldo, en “Human Rights in contemporary international law and the significance of the European Convention”, en *The European Convention on Human Rights*, British Institute of International and Comparative Law, International Law Series No. 5, 1965 (*The International and Comparative Law Quarterly*, Suplemento No. 11, 1965), págs. 1 a 23, en especial págs. 3 y 4 (se omiten las cifras).

<sup>521</sup> “Una evolución reciente ha sido el surgimiento de intentos por sintetizar el concepto de derechos humanos y los principios que rigen el tratamiento de los extranjeros ... Esta particular síntesis de los derechos humanos y la norma de tratamiento de los extranjeros implica la codificación de la ‘norma internacional mínima’, elevar esa norma, ampliarla a la nueva materia, y relacionar los asuntos internos y el derecho local con la responsabilidad internacional a un grado que la mayoría de los Estados estimaría intolerable”, Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, págs. 504 y 505.

<sup>522</sup> “Conceptualmente, los límites que imponen los derechos humanos a la expulsión son más bien peculiares. Por norma general los derechos humanos protegen a todos los seres humanos independientemente de su nacionalidad; en algunos casos excepcionales, como el derecho a participar en elecciones, sólo los pueden invocar los ciudadanos de un país determinado. Los límites que imponen los derechos humanos a la expulsión, por el contrario, protegen exclusivamente a los extranjeros (el problema especial de enviar a los ciudadanos propios al exilio en el extranjero no se examina en este documento). Esto explica por qué la mayoría de esas garantías ofrece una protección relativamente más débil que permite muchas excepciones. La soberanía de los Estados respecto de la admisión de extranjeros sigue siendo el punto de partida y las limitaciones de la facultad de ordenar la expulsión y de deportar son las excepciones. Hay un peligro en este criterio de no tomar en cuenta con suficiente seriedad las necesidades legítimas de las personas que viven en el extranjero y de reconocer sólo en medida suficiente su vulnerabilidad”, Walter Kälin, nota 277 *supra*, pág. 143 y nota 1 (se reproduce la cita entre paréntesis).

<sup>523</sup> “Los límites de la expulsión en las normas de derechos humanos pueden asumir tres formas: en primer lugar, los tratados de derechos humanos pueden contener disposiciones que se refieran expresamente a la expulsión y que limiten la posibilidad de que los Estados expulsen a extranjeros indeseables ... En segundo lugar, los tratados de derechos humanos pueden imponer límites procesales a la expulsión ... Finalmente, las expulsiones compatibles con esas disposiciones y esos requisitos pueden prohibirse porque su ejecución violaría otros derechos humanos que no se relacionen concretamente con la cuestión de la expulsión: de esta manera, es claro que las expulsiones discriminatorias violan un requisito básico de las normas de derechos humanos ... Esta es una forma más bien tradicional de categorizar los límites de la expulsión en las normas internacionales de derechos humanos. Considerando diferentes esferas de origen de los obstáculos opuestos a las expulsiones legítimas es posible una categorización diferente: 1) la expulsión no es permisible con arreglo a las normas internacionales de derechos humanos en los casos en que las autoridades que decretan la expulsión violen condiciones sustantivas (por ejemplo, requisitos de no arbitrariedad o de fundamentos válidos para expulsión, como

lícita de extranjeros independientemente de si se puede decir que esas normas rigen los derechos humanos<sup>524</sup> de los individuos o el tratamiento de los extranjeros<sup>525</sup>. El respeto de los derechos humanos puede constituir además un factor importante que se ha de considerar respecto de las consecuencias de la expulsión de un extranjero hacia un país determinado<sup>526</sup>.

## 2. Principio de no discriminación

### a) El concepto de discriminación

256. El derecho internacional tradicional se ocupaba principalmente de la discriminación en relación con el tratamiento de los extranjeros por un Estado. El

---

el peligro para la seguridad nacional o el orden público) o violen garantías procesales; 2) se prohíbe la expulsión en los casos en que viole los *intereses individuales* superiores de la persona en cuestión que se relacionen con su situación en el país de viaje si esos intereses están protegidos por garantías de derechos humanos. En este caso el derecho a permanecer en el propio país o el derecho a la protección de la vida privada y familiar puede generar obstáculos a la ejecución de una expulsión que podría ser lícita en otros sentidos; 3) finalmente los límites de la expulsión pueden tener su origen en la *esfera del país de origen* de la persona en cuestión o de otro Estado extranjero que recibirá al expulsado si se ejecuta la orden de expulsión. Este es el caso, por ejemplo, en que una expulsión pasa a ser ilícita con arreglo a las normas internacionales de derechos humanos por cuanto las personas interesadas serían torturadas o asesinadas en el país de destino”, *ibíd.* págs. 144 y 145 (en cursiva en el original).

<sup>524</sup> “Hay otro aspecto de las normas de derechos humanos que tiene importancia general. Por diversas razones, en parte históricas, las normas de derechos humanos se han expresado no en términos de principio general —como la norma nacional, o la norma internacional general mínima— sino en una lista de derechos separados definidos por separado. Es efectivo que el principio de la no discriminación sigue siendo central, pero incluso en este caso se ha estudiado en gran medida por cuanto ya no basta pensar en términos de no discriminación entre diferentes nacionalidades, sino lo que es más importante en términos de no discriminación en relación con la raza, el sexo, el idioma o la religión”, Robert Y. Jennings, “General Course on Principles of International Law”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, vol. 121-II, Leiden, A. W. Sijhoff, 1967, págs. 321 a 605, en especial pág. 504.

<sup>525</sup> “Se sostiene que la relación entre la norma internacional mínima y los derechos humanos es de interacción recíproca más bien que una determinada a la otra. Los conceptos de derechos humanos naturalmente deben tener cierto grado de influencia para determinar la norma internacional mínima en una situación determinada. Pero, por otra parte, no puede afirmarse categóricamente que la norma internacional mínima relativa al tratamiento de los extranjeros sea totalmente sinónima con el concepto de derechos humanos. Por ejemplo, es errado afirmar que el derecho requiere que se otorguen a los extranjeros los derechos políticos básicos o el derecho básico a ser propietario de cualquier tipo de bien al que los nacionales podrían tener derecho con arreglo a la doctrina de los derechos humanos. Por otra parte, hay ciertos conceptos de la formulación existente de derechos humanos que son vagos y que requieren definición concreta en la práctica, como la ‘privación arbitraria de propiedad’. La práctica actual de los Estados en las relaciones internacionales que constituirían la norma internacional mínima respecto del tratamiento de los extranjeros influiría, entonces, en esa definición”, Chittaranjan Felix Amerasinghe, *State Responsibility for Injuries to Aliens*, Londres, Oxford University Press, Clarendon Press 1967, pág. 279 (se omiten las citas).

<sup>526</sup> “Una expulsión que infringiera los derechos humanos protegidos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 o un instrumento regional, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, podría ser ilícita para el Estado signatario correspondiente. En los casos en que el procedimiento de expulsión mismo constituya una violación de los derechos humanos, la propia expulsión, aunque se justifique razonablemente, debe catalogarse de contraria al derecho internacional. Un Estado que expulse a un extranjero hacia un país en que es probable que ocurra alguna violación de sus derechos humanos cometería una infracción de derecho internacional”, Rainer Arnold, “Aliens”, en Rudolf Bernhardt (dir.) *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 102 a 107, en especial pág. 104. Véase la parte VII.C.3.

principio de no discriminación en un sentido más amplio es una evolución relativamente reciente cuyo origen puede hallarse en la fundación de las Naciones Unidas después de la segunda guerra mundial.

“El derecho internacional tradicional no se ocupaba de la discriminación sino como un elemento que debía tomarse en cuenta para determinar la licitud del tratamiento de los extranjeros por un Estado ... Después de la primera guerra mundial la revisión de las fronteras europeas y la introducción del sistema de mandato respecto de los territorios desgajados de Alemania y Turquía fue acompañada de un intento más sistemático de dar garantías internacionales para la protección de determinadas minorías. Al mismo tiempo los movimientos feministas comenzaban a hacer que la desigualdad de los sexos constituyera una cuestión de interés internacional en la Sociedad de las Naciones, más especialmente en la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y en la Organización Interamericana. Incluso así antes de la Carta de las Naciones Unidas el concepto de no discriminación como principio general de derecho transnacional seguía siendo una posibilidad distante. Las atrocidades raciales del régimen nazi, sin embargo, hicieron que se reiterara en la Carta el principio de no discriminación en el goce de los derechos y libertades humanos ...”<sup>527</sup>

257. El concepto de discriminación se describió en detalle en un memorando preparado por el Secretario General de las Naciones Unidas en 1949 para la Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección a las Minorías, de la manera siguiente:

“La palabra ‘discriminación’ se utiliza en este documento en su sentido peyorativo, es decir, se utiliza para referirse no a todas las diferenciaciones, sino únicamente a las distinciones que se han establecido en detrimento de individuos pertenecientes a un grupo determinado. La Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías ha reconocido este significado de la palabra.

Los conceptos siguientes pueden ser útiles en el intento de formular una definición exacta de esa práctica que deben incluirse en la expresión ‘discriminación’ y para determinar los actos discriminatorios que deben prevenirse:

a) Prácticas discriminatorias son aquellas distinciones perjudiciales que no toman en cuenta las características particulares de un individuo en tanto tal, si no que toman en cuenta solamente calificaciones colectivas derivadas de su pertenencia a un grupo social determinado o de otro orden;

b) Ciertas distinciones, que no constituyen discriminación, se justifican. Entre ellas se incluyen: 1) diferencias de conducta imputables o atribuibles a un individuo, es decir, controladas por él (por ejemplo, industriosidad, ociosidad, cuidado, descuido, decencia, indecencia, mérito, demérito, licitud, delincuencia), y 2) diferencias de calidades individuales no imputables a la persona, pero que tienen valor social (capacidad física o mental).

De esta manera puede definirse la discriminación como una distinción en detrimento de un individuo basada en fundamentos que no pueden atribuirse al individuo y que no tienen consecuencia justificada en las relaciones sociales,

<sup>527</sup> Warwick, A. McKean, “The Meaning of Discrimination in International and Municipal Law”, *British Year Book of International Law*, vol. 44, 1970, págs. 177 a 192, en especial pág. 177.

políticas o jurídicas (color, raza, sexo, etc.) o sobre la base de su pertenencia a categorías sociales (culturales, idiomáticas, religiosas, opiniones políticas o de otro orden, círculo nacional, origen social, clase social, patrimonio, nacimiento u otro tipo de condición).”<sup>528</sup>

## b) Relación con el principio de igualdad

258. El principio de no discriminación ha sido descrito como una formulación negativa del principio de igualdad ante la ley<sup>529</sup>. Se ha sugerido que esos principios han adquirido la condición de derecho internacional consuetudinario<sup>530</sup>.

“La creencia en la igualdad, la opinión de que, a menos que haya una razón para ello, reconocida como suficiente en virtud de algún criterio identificable, no se debe preferir un hombre por sobre otro, es un principio profundamente arraigado en el pensamiento humano. Se reconoció el principio como uno de los principios fundamentales de la democracia moderna y del gobierno basado en el imperio de la ley, y se ha asimilado en muchos sistemas jurídicos. Como ha dicho Lauterpacht: ‘La reivindicación de la igualdad ante la ley es en un sentido sustancial uno de los derechos más fundamentales del hombre. Ocupa el primer lugar en la mayoría de las constituciones escritas. Es el punto de partida de todas las demás libertades’. En derecho internacional se ha solido afirmar el principio en forma negativa, como no discriminación.”<sup>531</sup>

<sup>528</sup> Los principales tipos y causas de discriminación, memorando presentado por el Secretario General, E/CN.4/Sub.2/40/Rev.1, 7 de junio de 1949, párrs. 87 y 88.

<sup>529</sup> “La no discriminación y la igualdad de trato son conceptos equivalentes. Como afirmó la Corte Permanente en el caso *Minority Schools in Albania*, ‘la igualdad ante la ley precluye la discriminación de todo tipo’. Se define la ‘discriminación’ en derecho internacional en el sentido de denotar distinciones infundadas, arbitrarias o injustas, y no incluye medidas especiales de protección de los dos tipos anteriormente descritos. En términos positivos, el principio de igualdad prohíbe las distinciones discriminatorias pero permite y en ocasiones requiere la adopción de medidas afirmativas. El principio de igualdad de los individuos en derecho internacional no requiere una igualdad simplemente formal o matemática, sino una igualdad sustancial y auténtica de hecho”, Warwick MacKean, *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford Clarendon Press, 1983, pág. 288 (se omiten las citas) (en referencia a la sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Minority Schools in Albania*, opinión consultiva, serie A/B, No. 64, pág. 19). “El principio de que todos los seres nacen libres e iguales conforme a derecho ha sido aceptado universalmente. El principio de la ‘igualdad’ implica además que no se debe diferenciar en razón de factores a cuyo respecto el individuo no tiene control alguno, como su raza, color, ascendencia y origen nacional o étnico”. R. C. Chhangani, “Notes and Comments. Expulsion of Uganda Asians and International Law”, vol. 12, 1972, págs. 400 a 408, en especial pág. 405. “La igualdad y la no discriminación pueden ser consideradas expresiones afirmativas y negativas del mismo principio”, B. G. Ramcharan, “Equality and Nondiscrimination”, en Louis Henkin (ed.), *The International Bill of Rights*, Nueva York, Columbia University Press, 1981, págs. 246 a 269, en especial pág. 252.

<sup>530</sup> “Actualmente se reconoce en general que los principios de igualdad y no discriminación forman parte del derecho internacional consuetudinario. Se ha sostenido incluso que por lo menos en cuanto a pautas coherentes de violaciones graves de parte de gobiernos y sociedades esos principios forman parte del *jus cogens* internacional, normas perentorias obligatorias respecto de todos en tanto ley superior”. *Ibid.*, pág. 249.

<sup>531</sup> Warwick MacKean, *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford Clarendon Press, 1983, pág. 285 (se omiten las citas) (en referencia a Sir Hersch Lauterpacht, *An International Bill of the Rights of Man* (Columbia University Press, Nueva York, 1945, pág. 115)). “Peaslee, *Constitutions of the Nations* (1965), vol. I, pág. 7, estima que un 75% de las constituciones del mundo reconoce el principio de la igualdad”, Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford Clarendon Press, 1978,

259. Puede haber también cierto grado de duplicación entre el principio de no discriminación y principios más tradicionales, como la arbitrariedad, la buena fe, el abuso de derechos o la denegación de justicia<sup>532</sup>.

**c) Trato diferente y discriminación**

260. El principio de no discriminación no prohíbe toda distinción entre individuos o grupo de individuos<sup>533</sup>. Que el trato diferente sea contrario al principio de no discriminación podrá depender de si tiene un objeto legítimo, una justificación objetiva y si se utilizan medios proporcionales para lograr ese objetivo<sup>534</sup>.

pág. 83, nota 1. “Que la ‘no discriminación’ constituye una manera negativa de afirmar el principio de igualdad queda demostrado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Alemania Federal, que ha afirmado reiteradamente que el principio de igualdad se viola cuando no se puede hallar una razón fundada y objetivamente evidente respecto del trato diferente”, Warwick MacKean, *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford Clarendon Press, 1983, pág. 287.

<sup>532</sup> “Es cierto que el principio anteriormente señalado se duplicará en la práctica y en cierta medida con los principios más antiguos que implican abuso de derechos y denegación de justicia”, Ian Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility*, parte I, Oxford Clarendon Press, 1983, pág. 81.

<sup>533</sup> “Muchas distinciones, establecidas en la ley, no constituyen discriminación por cuanto se basan en motivos justos y se aplican a todos por igual, no sólo a los miembros de ciertos grupos sociales determinados. Como ejemplo pueden citarse los siguientes casos:

- a) Incapacidad jurídica por minoría de edad, delincuencia, demencia o ausencia del país;
- b) Restricción de la libertad en virtud de una detención o condena lícitas;
- c) Denegación de derechos políticos a los extranjeros;
- d) Expropiación lícita con indemnización justa;
- e) Inmunidad diplomática;
- f) Inviolabilidad e inmunidad de los miembros del parlamento; etc.

La lista anterior no tiene carácter exhaustivo”.

The Main Types and Causes of Discrimination, Memorando del Secretario General E/CN.4/Sub.2/40/Rev.1, 7 de junio de 1949, párr. 126. Véase también B. G. Ramcharan, “Equality and Nondiscrimination”, en Louis Henkin (ed.), *The International Bill of Rights*, Nueva York, Columbia University Press, 1981, págs. 246 a 269, en especial págs. 252 y 253.

<sup>534</sup> “El concepto de discriminación requiere un tratamiento más sofisticado para identificar una discriminación infundada (o material) a fin de distinguirla del trato diferente de situaciones no comparables” Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, pág. 505 (se omiten las citas). “La discriminación no es un sinónimo de tratamiento diferente. El concepto de discriminación, tal como se utiliza en derecho internacional, connota distinciones que son injustas, injustificables o arbitrarias”, Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford Clarendon Press, 1978, pág. 78. “Por discriminación ilícita se denota cierto grado de exclusión o restricción, privilegio o preferencia, que tiene como efecto anular un derecho determinado. El principio general de igualdad impone a los que desean tratar a los individuos de manera diferente la obligación de demostrar razones válidas de ese tratamiento diferente. Se trata de saber si las bases que se utilizan para la distinción son pertinentes y más adelante si las medidas adoptadas son razonables y proporcionales. El concepto jurídico internacional de discriminación connota de esta manera distinciones que son injustas, injustificables o arbitrarias”, Guy S. Goodwin-Gill, “Migration: International Law and Human Rights”, en Bimal Ghosh (ed.), *Managing Migration*, Oxford University Press, 2000, págs. 160 a 189, en especial págs. 167 y 168 (se omiten las citas). “Lo importante es que tiene que haber una base racional para la diferenciación pertinente al propósito que se trata de lograr ... La motivación de una norma determinada es, por lo tanto, el principal factor para determinar si la norma es discriminatoria o no. Este criterio ha contado con apoyo en la decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el asunto *Yick Wo v. Hopkins* y en decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, pág. 18 (el principio de no discriminación se examina en relación con

“Las distinciones son razonables si su objetivo es legítimo y tienen una justificación objetiva, y hay una relación razonable de proporcionalidad entre el objetivo procurado y los medios utilizados. Normalmente se cumplirán esos objetivos si se pueden interpretar razonablemente las medidas determinadas en el sentido de ser de interés público en su conjunto y no singularizar arbitrariamente a individuos o grupos para un tratamiento injusto. Por ejemplo, es razonable retener el ejercicio de derechos políticos de los extranjeros, los menores y los insanos.”<sup>535</sup>

la admisión de extranjeros) (se omiten las referencias a otros textos). “Cuando una disposición de un tratado o una ley de un Estado requiere la no discriminación no excluye necesariamente todo tipo de tratamiento diferente. Si bien una disposición de ese tipo requiere un trato semejante de los extranjeros en circunstancias objetivamente con iguales que las de un nacional, no se requiere un tratamiento semejante cuando son diferentes en un sentido objetivo”, Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, pág. 932, No. 3 (cita como ejemplos *X v. Conseil d’Etat du Canton de Zurich* (1967), ILR, 72, págs. 574 y 577; *Turkish National Detention on Remand Case* (1971), ILR, 72, pág. 263; *Polish Priest Compensation Case* (1974), ILR, 74, pág. 419; *Procedural Rights of Aliens Case* (1976), ILR, 74, pág. 412). “Eso ocurre porque el principio de igualdad en tanto derecho humano no excluye las distinciones basadas en diferencias de dos tipos, que en general se consideran admisibles y justificadas: a) la diferenciación basada en el carácter y la conducta imputables al individuo por los que apropiadamente se puede hacer efectiva la responsabilidad (los ejemplos son la industriiosidad, la ociosidad, el cuidado, la falta de cuidado, la decencia, la indecencia, el mérito, el demérito, la delincuencia, la licitud, etc.), y b) diferenciación basada en cualidades individuales, que a pesar de no ser cualidades por las cuales pueda hacerse efectiva la responsabilidad de un individuo son pertinentes a valores sociales y pueden tomarse en cuenta (son ejemplos la capacidad física y mental, el talento, etc.). Por otra parte, la igualdad moral y jurídica excluye toda diferenciación basada en fundamentos que no sean pertinentes al mérito o al valor social y no se debe considerar que tengan significado social o jurídico alguno, ya sea que se trate de aspectos innatos, como el color, la raza y el sexo o categorías sociales genéricas, como el idioma, las opiniones políticas o de otro orden, el origen nacional o social, los bienes, el nacimiento u otro tipo de condición”, B. G. Ramcharan, “Equality and Nondiscrimination”, en Louis Henkin (ed.), *The International Bill of Rights*, Nueva York, Columbia University Press, 1981, págs. 246 a 269, en especial pág. 253 “La palabra ‘discriminación’ debe reservarse para situaciones de diferenciación claramente imparcial o injusta en el tratamiento de individuos o grupos de personas, entre otras cosas, cuando las distinciones no se basan en criterios racionales y razonables”, Terje Einarsen, “Discrimination and Consequences for the Position of Aliens”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 64, 1995, págs. 429 a 452, en especial pág. 429.

<sup>535</sup> Warwick MacKean, *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford Clarendon Press, 1983, pág. 287. “Desde luego la existencia de un principio jurídico es una cosa, en tanto que su expresión en un tratado, su interpretación y su aplicación son una cosa distinta. Es sin embargo cierto que el concepto de discriminación tiene en derecho internacional algunas características comunes. Por una parte el principio de *no discriminación* no requiere igualdad absoluta o identidad de trato sino que reconoce la *igualdad relativa*, es decir, tratamiento diferente en proporción a circunstancias individuales concretas. Por otra parte, las distinciones deben tener un *objetivo legítimo* y tener una *justificación objetiva*, y una *relación razonable de proporcionalidad* entre los objetivos procurados y los medios utilizados. Además, un *motivo discriminatorio* no es un ingrediente necesario de una violación del principio de igualdad; las distinciones no discriminatorias también si tienen el *efecto* de anular o afectar la igualdad de trato. Salvo variaciones de menor importancia, esas formulaciones se ajustan a los términos utilizados habitualmente por los tribunales judiciales contemporáneos al conocer de casos de discriminación sobre la base del derecho internacional, como la Corte Internacional de Justicia de La Haya, la Comisión y el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo y el Comité de Derechos Humanos de Ginebra”, Terje Einarsen, “Discrimination and consequences for the Position of Aliens”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 64, 1995, págs. 429 a 452, en especial págs. 431 y 432 (se omiten las citas).

261. La parte que sostiene que el trato diferente no viola el principio de no discriminación ni el principio de igualdad puede estar obligada a soportar la carga de prueba con respecto a esos criterios<sup>536</sup>.

**d) Discriminación de jure y de facto**

262. Un Estado puede violar el principio de no discriminación de dos maneras: 1) promulgando leyes que contengan disposiciones discriminatorias, o 2) aplicando de manera discriminatoria leyes que no contengan disposiciones de ese tipo<sup>537</sup>.

“Un Estado no dispondrá al promulgar sus leyes y reglamentos o sus formulaciones normativas condiciones que en sí mismas sean discriminatorias o aptas de ser aplicadas de una forma que tendría el efecto de discriminar contra personas en razón de su raza, sexo, idioma o religión, así como de su color, nacionalidad u otra condición. Un Estado estará además obligado a velar

<sup>536</sup> “El principio de no discriminación excluye expresamente ciertos tipos de distinción y plantea una presunción muy sólida de igualdad. La carga de la prueba corresponde a la parte que procura invocar excepciones para demostrar justificación objetiva y proporcionalidad”, Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford Clarendon Press, 1978, pág. 87 (se omiten las citas). “Hay cada vez más materiales jurídicos que abundan en el criterio según el cual se puede distinguir entre discriminación ilícita y medidas razonables de diferenciación, es decir, discriminación lícita. El principio de igualdad ante la ley permite diferencias de hecho, como el sexo o la edad, y no se basa en una concepción mecánica de la igualdad. La distinción debe tener una justificación objetiva; el medio utilizado para establecer un trato diferente debe ser proporcional a la justificación de la diferenciación, y la carga de la prueba recae sobre la parte que procura hacer una excepción al principio de igualdad”, Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, pág. 547 (con las siguientes citas exhaustivas: criterios para distinguir discriminación lícita e ilícita (*Minority Schools in Albania* (1935), Corte Permanente de Justicia Internacional, Ser. A/B, No. 64; *Association Protestante v. Radiodiffusion-Television Beige*, ILR 47,198; *Beth-El Mission v. Minister of Social Welfare*, ILR 47,205); justificación objetiva (véase Magistrado Tanaka, *I.C.J. Reports 1966*, págs. 302 a 316; *Belgian Linguistics* case (sobre el fondo), sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de julio de 1968, ILR 45,136,163-6,173-4,180-1,199-201,216-17; *National Union of Belgian Police* case, ECHR, Ser. A, vol. 19, 19 a 92; *Swedish Engine Drivers' Union* case, ibíd., vol. 20, 1617; *Schmidt and Dahlstrom* case, ibíd., vol. 21, 16 a 18; *Case of Engel and others*, ibíd., vol. 22, 29 a 31; *Marckx* case, ibíd., vol. 87, 12 a 16; *Abdulaziz* case, ibíd., vol. 94, 35 a 41; *James and others*, ibíd., 98, 44 a 46; *Lithgow and others*, ibíd., vol. 102, 66 a 70; *Gillow* case, ibíd., vol. 109, 25 y 26; *Mathieu-Mohin and Clerfayt* case, ibíd., vol. 113, 26; *Monnell and Morris* case, ibíd., vol. 115, 26 y 27; *Bouamar* case, ibíd., vol. 129, 25 y 26); proporcionalidad (*Belgian linguistics* case, última nota; *SocieteX, WetZv, République Fédérale d'Allemagne*, Comisión Europea de Derechos Humanos, *Collection of Decisions*, vol. 35, 1), y carga de la prueba (Magistrado Tanaka, opinión disidente, *I.C.J. Reports 1966*, pág. 309). Véase también *Rankin v. The Islamic Republic of Iran*, nota 136 *supra*, pág. 142, párr. 22 (citado en la parte XI.B).

<sup>537</sup> “Aunque la ley misma sea justa a simple vista e imparcial en apariencia, si la autoridad pública la aplica y administra con torcida intención y en forma desigual, de manera que prácticamente se discrimine en forma injusta e ilícita entre personas en circunstancias semejantes, pertinente a sus derechos, la denegación de igual justicia se halla aún dentro de la prohibición de la Constitución”, *Yick Wo v. Hopkins* [118 U.S. 356 (1885)] “Un motivo discriminatorio no es un ingrediente necesario de una violación de los principios de igualdad, aunque facilitará llegar a una conclusión de que ha habido una violación de es tipo. Como lo plantean los convenios antidiscriminatorios recientes, las distinciones son discriminatorias si tienen ‘el objeto o el efecto de anular o afectar la igualdad de trato’”, Warwick MacKean, *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford Clarendon Press, 1983, pág. 287. “Durante la redacción de los Pactos se reconoció en general que el concepto de igualdad se refería tanto a la igualdad *de jure* como a la igualdad *de facto*”, B. G. Ramcharan, *Equality and Nondiscrimination*, en Louis Henkin (ed.), *The International Bill of Rights*, Nueva York, Columbia University Press, 1981, págs. 246 a 269, en especial págs. 253 y 254 (se omite la cita).



por que en la administración de sus leyes y reglamentos y en el ejercicio de toda discreción de la que puedan estar investidos los funcionarios del Estado que no se discrimine contra persona alguna por las razones mencionadas.”<sup>538</sup>

263. El principio de la no discriminación se viola con mayor frecuencia en el segundo sentido mediante la aplicación discriminatoria de leyes que no son discriminatorias a sí mismas<sup>539</sup>.

#### e) Reconocimiento del principio de no discriminación

264. A fines del siglo XX el principio de no discriminación puede haber alcanzado la condición de un principio generalmente reconocido de derecho internacional o de derecho internacional consuetudinario<sup>540</sup>. El principio de no discriminación ha sido reconocido en términos semejantes en diversos instrumentos internacionales<sup>541</sup>.

265. El principio de no discriminación figura prominentemente en la Carta de las Naciones Unidas<sup>542</sup>. Figura en las siguientes disposiciones de la Carta:

<sup>538</sup> Louis B. Sohn y T. Buergenthal (ed.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, págs. 17 y 18.

<sup>539</sup> “La experiencia indica que la discriminación tiene lugar principalmente por decisiones administrativas adoptadas en casos individuales. En esos casos la ley no es discriminatoria en sí misma; la discriminación tiene lugar al administrarse la ley y al ejercerse la discreción conferida a funcionarios de inmigración. En algunos países hay salvaguardias contra la discriminación en los casos en que se cuenta con procedimientos de revisión o apelación”, *ibid.*, págs. 18 y 19.

<sup>540</sup> “El principio de *no discriminación* tiene una larga historia en derecho internacional. Está firmemente arraigado actualmente en varias convenciones y tratados de diferente alcance contenido, de diferentes niveles y entre diferentes Estados partes”, Terje Einarsen, “Discrimination and Consequences for the Position of Aliens”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 64, 1995, págs. 429 a 452, en especial pág. 430. “La práctica de los Estados confirma que el principio de no discriminación se ha convertido en la actualidad en un principio generalmente aceptado de derecho internacional, y que las prácticas discriminatorias anteriores de los Estados ya no son permisibles”, Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, pág. 17. “Al llegar a su conclusión de que la norma de la no discriminación ha pasado a ser una norma de derecho internacional consuetudinario, el Magistrado Tanaka observó que el concepto de igualdad ante la ley y de igual protección ante la ley era una característica común de muchas constituciones. Ese solo hecho contribuye a probar la situación de la igualdad como principio general de derecho, y es además notable que muchos Estados garanticen efectivamente los derechos fundamentales sin distinguir entre ciudadanos y extranjeros”, Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 83 (se omiten las citas).

<sup>541</sup> “Se ha visto que los pactos y convenios modernos tienden a proponer tres elementos distintos en tanto incidentes de discriminación ilícita. Debe tratarse de 1) una distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base 2) en uno o más de los fundamentos concretos, como raza, color o religión, y que 3) tenga por objeto o efecto anular o afectar el goce o ejercicio en un pie de igualdad de los derechos y libertades que se garantizan”, *ibid.*

<sup>542</sup> “La Carta de las Naciones Unidas, que entró en vigor en 1945, contiene un número importante de referencias a los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos sin distinción de raza, sexo, idioma o religión. Estas disposiciones algo generales y en cierta medida de promoción han servido de antecedente del surgimiento de un cuerpo sustancial de convenios multilaterales y de la práctica de los órganos de las Naciones Unidas”, Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, pág. 546 (se omiten las citas). “El principio de no discriminación, en tanto norma general de la conducta de los Estados, se ha inscrito en la Carta de las Naciones Unidas, que obliga a todos los Miembros de la Organización. Aunque las obligaciones de la Carta son muy generales, se han completado en mayor medida en otros documentos de las Naciones Unidas relativos a los derechos humanos, como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación

Artículo 1, párrafo 3<sup>543</sup>, Artículo 13, párrafo 1<sup>544</sup>, Artículo 55<sup>545</sup>, Artículo 62, párrafo 2<sup>546</sup> y Artículo 76<sup>547</sup>. El principio de la no discriminación ha sido elaborado en mayor medida en diversos instrumentos de derechos humanos aprobados en el marco de las Naciones Unidas, incluidas la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>548</sup>, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>549</sup>

Racial, de 1965, y diversos documentos internacionales”, Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, pág. 17.

- <sup>543</sup> “Los propósitos de las Naciones Unidas son: [...] 3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión [...]”
- <sup>544</sup> “La Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes: [...] b. Fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario y ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.”
- <sup>545</sup> “Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: [...] c. El respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.”
- <sup>546</sup> “[El Consejo Económico y Social] podrá hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, y la efectividad de tales derechos y libertades.”
- <sup>547</sup> “Los objetivos básicos del régimen de administración fiduciaria, de acuerdo con los Propósitos de las Naciones Unidas enunciados en el Artículo 1 de esta Carta, serán: [...] c. promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, así como el reconocimiento de la interdependencia de los pueblos del mundo; y d. asegurar tratamiento igual para todos los Miembros de las Naciones Unidas y sus nacionales en materias de carácter social, económico y comercial, así como tratamiento igual para dichos nacionales en la administración de la justicia, sin perjuicio de la realización de los objetivos arriba expuestos y con sujeción a las disposiciones del Artículo 80.”
- <sup>548</sup> El artículo 2 (“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”) y el artículo 7 (“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”).
- <sup>549</sup> Artículo 2, párr. 1: “Cada uno de los Estados Partes en el Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Véase también el párrafo 1 del artículo 4: “En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”; el párrafo 1 del artículo 24: “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”, y el artículo 26: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a

así como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>550</sup>.

266. La Corte Internacional de Justicia ha reconocido la protección respecto de la discriminación como un principio de derecho internacional. En la opinión consultiva recaída en el asunto relativo a las *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental)* la Corte dijo lo siguiente:

“Con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas el ex Mandatario se había comprometido a observar y respetar, en un territorio sometido a una condición internacional, los derechos humanos y las libertades fundamentales sin distinción de raza respecto de todos. Establecer en su lugar, y aplicar, distinciones, exclusiones, restricciones y limitaciones basadas exclusivamente en motivos de raza, color, ascendencia u origen nacional o étnico que constituyen una denegación de los derechos humanos fundamentales es una violación flagrante de los propósitos y principios de la Carta.”<sup>551</sup>

267. El principio de la no discriminación ha sido enunciado en instrumentos de derechos humanos aprobados en el plano regional, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>552</sup>, la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>553</sup>, la

---

igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

<sup>550</sup> Artículo 2, párrs. 2 y 3: 2. “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos”.

<sup>551</sup> Véase *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding the Security Council Resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, pág. 16, en pág. 57, párr. 131. Véase también *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, sentencia, *I.C.J. Reports 1970*, pág. 32, párr. 34 (citado más adelante) y *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, segunda fase, *I.C.J. Reports 1966*, págs. 286 a 301 (opinión disidente del Magistrado Tanaka); págs. 455, 456, 464 y 467 a 469 (opinión disidente del Magistrado Padilla Nervo), y págs. 154, 155 y 158 a 172 (opinión separada del Magistrado van Wyk).

<sup>552</sup> El artículo 14 dispone lo siguiente: “El goce de los derechos y libertades enunciados en el presente Convenio se garantizará sin discriminación por razones como sexo, raza, color, idioma, religión, opinión política o de otro orden, origen nacional o social, asociación con una minoría nacional, bienes, nacimiento u otra condición”.

<sup>553</sup> El párrafo 1 del artículo 1 dispone lo siguiente: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna o por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Véase también el párrafo 1 del artículo 27 (“En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”), y el artículo 24 (“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”).

Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>554</sup> y el proyecto de Carta Árabe de Derechos Humanos<sup>555</sup>.

**f) Fundamentos de la discriminación**

268. Hay diversos motivos de discriminación que se ha reconocido que son contrarios al principio de la no discriminación en diverso grado, incluidos la raza, el sexo, el idioma, la religión, la condición de extranjero y el origen nacional<sup>556</sup>.

*i) Raza*

269. Se ha descrito la discriminación racial como una práctica perniciosa y una causa principal de la denegación de los derechos humanos<sup>557</sup>.

“Hay de hecho considerable apoyo a la opinión de que existe en derecho internacional en la actualidad un principio jurídico de no discriminación aplicable en materia racial. Ese principio se basa en parte en la Carta de las Naciones Unidas, en especial los Artículos 55 y 56, en la práctica de los órganos de las Naciones Unidas, en particular las resoluciones de la Asamblea General en que se condenó el apartheid, en la Declaración Universal de

<sup>554</sup> El artículo 2: “Toda persona tendrá derecho a gozar de los derechos y libertades reconocidos y garantizados en la presente Carta sin distinción alguna de raza, grupo étnico, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otro orden, origen nacional y social, fortuna, nacimiento u otra condición”. Véase también el artículo 28: “Toda persona tendrá la obligación de respetar y considerar a sus congéneres sin discriminación y de mantener relaciones encaminadas a promover, salvaguardar y reforzar el respeto y la tolerancia recíprocos”.

<sup>555</sup> Proyecto de Carta Árabe de Derechos Humanos, texto aprobado por el Comité Árabe Permanente pro Derechos Humanos, 5 a 14 de enero de 2004 [en adelante denominado el proyecto de Carta árabe], artículo 3: “a) Todos los Estados partes en la presente Carta se comprometen a garantizar a todas las personas sujetas a su jurisdicción el derecho a gozar de los derechos y libertades en ella enunciados, sin distinción por motivo de raza, color, sexo, idioma, creencia religiosa, opinión, pensamiento, origen nacional o social, riqueza, nacimiento o impedimento físico o mental. b) Los Estados partes en la presente Carta adoptarán las medidas necesarias para garantizar una igualdad efectiva del goce de todos los derechos y libertades enunciados en la presente Carta de manera de velar por la protección respecto de toda forma de discriminación por cualquiera de las razones mencionadas en el párrafo anterior. c) Hombres y mujeres tienen igual dignidad humana e iguales derechos y obligaciones en el marco de la discriminación dispositiva establecida en favor de las mujeres por la Shariah islámica y otras leyes divinas y por las leyes y los instrumentos internacionales aplicables. En consecuencia, todos los Estados partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la igualdad de oportunidades y la igualdad efectiva entre hombres y mujeres en cuanto al goce de todos los derechos enunciados en la presente Carta” [traducción de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Ese documento puede hallarse en <http://web.amnesty.org/library/Index/ENGMDE010022004?open&of=ENG-2MD>, (página visitada el 8 de marzo de 2006)].

<sup>556</sup> “Los pretextos más importantes de los prejuicios son: la raza, el color, el entorno cultural, el idioma, la religión, la procedencia nacional, la clase social (incluidas la casta, el origen, la situación educativa y económica, etc.), la opinión política o de otro orden y el sexo”. The Main Types and Causes of Discrimination, Memorando del Secretario General, E/CN.4/Sub.2/40/Rev.1, 7 de junio de 1949, párr. 58.

<sup>557</sup> “A lo largo de la atribulada historia de la humanidad, la principal causa de la denegación de los derechos humanos ha sido la práctica perniciosa de la discriminación racial”, F. Y. Njenga, “The Role of the United Nations in the matter of Racial Discrimination”, *Eastern Africa Law Review*, vol. 1, Tanzania, Facultad de Derecho, University of East Africa, 1968, págs. 136 a 157, en especial pág. 136.

Derechos Humanos, en los pactos internacionales de derechos humanos y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.”<sup>558</sup>

270. El Artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial define la discriminación racial de la manera siguiente:

“Artículo 1

1. En la presente Convención la expresión ‘discriminación racial’ denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tiene por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

2. Esta Convención no se aplicará a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado Parte en la presente Convención entre ciudadanos y no ciudadanos.

3. Ninguna de las cláusulas de la presente Convención podrá interpretarse en un sentido que afecte en modo alguno las disposiciones legales de los Estados Partes sobre nacionalidad, ciudadanía o naturalización, siempre que tales disposiciones no establezcan discriminación contra ninguna nacionalidad en particular.

4. Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.”<sup>559</sup>

271. En 1970 la Corte Internacional de Justicia reconoció la prohibición de la discriminación racial y la caracterizó en el sentido de crear una obligación *erga omnes* en la causa relativa a la *Barcelona Traction*. La Corte determinó lo siguiente:

“Ese tipo de obligaciones deriva, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la proscripción de actos de agresión y de genocidio, así como de los principios y normas que rigen los derechos

<sup>558</sup> Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6<sup>a</sup> ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, pág. 546 (se omiten las citas).

<sup>559</sup> “El principio de que ‘todos los seres nacen libres e iguales en dignidad y derechos’ ha sido aceptado universalmente en la actualidad. El principio de la ‘igualdad’ implica además que no se debe hacer diferenciación sobre la base de factores a cuyo respecto el individuo no tiene control alguno, como su raza, su color, su ascendencia y su origen nacional o étnico. La definición amplia de este principio ha sido incorporada en el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965”, R. C. Chhangani, “Notes and comments. *Expulsion of Uganda Asians and International Law*”, vol. 12, 1972, págs. 400 a 408, en especial pág. 405 (se omiten las citas).

fundamentales de la persona humana, incluidas la protección de la esclavitud y la discriminación racial.”<sup>560</sup>

272. Se ha sugerido que la prohibición de la discriminación racial puede constituir *ius cogens*<sup>561</sup>.

ii) *Sexo*

273. La prohibición de la discriminación en razón del sexo<sup>562</sup> o el género<sup>563</sup> ha sido reconocida en el derecho internacional, el derecho regional y el derecho nacional<sup>564</sup>. Los significativos esfuerzos de la comunidad internacional por erradicar la discriminación sexual se han descrito como una contribución fundamental al reconocimiento de una norma general de no discriminación<sup>565</sup>.

<sup>560</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, sentencia, *I.C.J. Reports 1970*, pág. 32, párr. 34. Véase también *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, Segunda fase, *I.C.J. Reports 1966*, págs. 286 a 301 (opinión disidente del Magistrado Tanaka); págs. 455, 456, 464 y 467 a 469, (opinión disidente del Magistrado Padilla Nervo) y págs. 154, 155 y 158 a 172 (opinión separada del Magistrado van Wyk).

<sup>561</sup> Véase Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, No. 68 (que describe el significado de la sentencia de la Corte en la causa relativa a la *Barcelona Traction* (Segunda fase) respecto de las obligaciones *erga omnes* de la manera siguiente: “Es decir, obligatorias para todos los Estados y que tienen además la condición de normas imperativas (*ius cogens*)). “En materia racial, la no discriminación tiene carácter normativo y puede considerarse parte del *ius cogens*”, Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 85.

<sup>562</sup> “En derecho internacional la discriminación sexual abarca toda distinción, exclusión o restricción hecha por motivo de género que tiene el efecto o el propósito de menoscabar o anular el goce de los derechos humanos sobre la base de la igualdad entre el hombre y la mujer”, Anne M. Trebilcock, “*Sex Discrimination*”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 4, 2001, págs. 390 a 396, en especial pág. 390. Véase, en general, Rowena Daw, “*Political Rights of Women: A Study of the International Protection of Human Rights*”, *Malaya Law Review*, vol. 12, 1970, págs. 308 a 336.

<sup>563</sup> “Si se escribiera hoy esta entrada probablemente tendría el título de ‘Aspectos del derecho internacional relacionados con el género’ más bien que ‘Discriminación sexual’. El análisis de género, es decir, el examen de la formulación y los efectos de una norma o práctica que tome en cuenta las diferentes experiencias vitales de mujeres y hombres, ha pasado a ser una metodología ampliamente aceptada en muchas esferas gracias a la evolución tanto en los niveles interno como internacional. Y si alguna vez hubo alguna duda, los derechos de la mujer están ahora firmemente incorporados en los derechos humanos”, Anne M. Trebilcock, “*Sex Discrimination*”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 4, 2001, págs. 390 a 396, en especial pág. 394.

<sup>564</sup> “La norma particular contra la discriminación por motivo de sexo halla su expresión en numerosas comunicaciones bien fundadas, tanto en el plano internacional como el nacional, y se está definiendo rápidamente de manera de condenar todas las grandes privaciones históricas impuestas a la mujer como grupo. [...] En el plano regional se incluye el sexo entre los fundamentos impermisibles de diferenciación tanto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Myres S. McDougal, Harold D. Lasswell y Lung-chu Chen, “*Human Rights for Women and World Public Order: The Outlawing of Sex-Based Discrimination*”, *American Journal of International Law*, vol. 69, 1975, págs. 497 a 533, en especial págs. 497 y 526.

<sup>565</sup> “El impulso hacia la erradicación de la discriminación en razón del sexo, al igual que la encaminada a eliminar la discriminación racial, ha sido en los últimos decenios un componente fundamental de la tendencia a una norma más general de no discriminación. La preocupación de la comunidad por la protección de la mujer, anterior al ataque más amplio de las Naciones Unidas contra la discriminación, era evidente en algunas esferas significativas a fines del siglo XX”, *ibíd.*, pág. 509.

274. Se ha incluido al sexo como motivo por el cual está prohibida la discriminación en la Carta de las Naciones Unidas y en los principales instrumentos internacionales que se ocupan del principio de no discriminación en el contexto de los derechos humanos en general<sup>566</sup>, en instrumentos que se ocupan concretamente de la prohibición de la discriminación contra la mujer<sup>567</sup>, así como en otros instrumentos que se ocupan de la prohibición de la discriminación de género en relación con derechos determinados<sup>568</sup>.

“Hay también un principio jurídico de no discriminación en materia de sexo, basado en el mismo conjunto de instrumentos multilaterales [la Carta de las Naciones Unidas, especialmente los Artículos 55 y 56, la práctica de los órganos de las Naciones Unidas, en particular las resoluciones de la Asamblea General que condenan el apartheid, la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos], junto con la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979.”<sup>569</sup>

275. La prohibición de la discriminación sexual ha sido reconocida además en las constituciones nacionales y en la jurisprudencia<sup>570</sup>. La prohibición de la

<sup>566</sup> Véase el párrafo 1 del artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el párrafo 1 del artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 2 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos y el apartado c) del artículo 3 del proyecto de Carta Árabe de Derechos Humanos de 2004. “La disposición general contemporánea contra la discriminación por motivo de sexo tiene su origen en la Carta de las Naciones Unidas y en diversas expresiones y compromisos secundarios. Las prohibiciones generales más importantes de discriminación especifican en forma explícita y coherente el sexo como un motivo por el cual la diferenciación es impermissible”, Myres S. McDougal, et al., nota 564 *supra*, pág. 510.

<sup>567</sup> Véase en particular la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículos 1: “A los efectos de la presente Convención, la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”), y la resolución 2263 (XXII) de la Asamblea General, de 7 de noviembre de 1967 (Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer).

<sup>568</sup> Véase por ejemplo, la Convención sobre los derechos políticos de la mujer, Nueva York, 31 de marzo de 1953, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 193, No. 2613, pág. 136. “La norma general contra la discriminación basada en el sexo, formulada y establecida de esta manera, se ilustra y refuerza todavía más con algunas convenciones y otras expresiones de autoridad orientadas a la protección de la mujer contra vulnerabilidades determinadas o respecto de valores determinados”, Myres S. McDougal, et al. nota 564, *supra*, pág. 512.

<sup>569</sup> Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, pág. 546 (se omiten las citas).

<sup>570</sup> “El movimiento acelerado hacia la reforma de las constituciones nacionales para garantizar la igualdad de derechos a la mujer agrega sustancia a las expectativas transnacionales en nombre de la no discriminación ... Como se observó en otra parte, prácticamente es una pauta universal que las naciones constitucionales contengan una norma general de igualdad que en forma característica condena al sexo, junto con la raza y otros factores, como base del trato diferente. Muchas constituciones han ido más allá al enunciar disposiciones separadas respecto de la igualdad de los sexos, destacando expresamente la igualdad de derechos de las mujeres tanto como la de los hombres”, Myres S. McDougal et al., nota 564 *supra*, págs. 527 a 529 (se omiten las citas) (refiriéndose a la Constitución de la República Federal de Alemania de 1949, la

discriminación sexual se examinó en una decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en 1973 de la manera siguiente:

“Además, por cuanto el sexo, al igual que la raza y el origen nacional, es una característica inmutable determinada exclusivamente por el accidente del parto, la imposición de incapacidades especiales a los miembros de un sexo determinado parecería violar ‘el concepto básico de nuestro sistema de que las cargas jurídicas deben tener alguna relación con la responsabilidad individual ...’ Y lo que diferencia al sexo de esa condición no sospechosa, como la inteligencia o la incapacidad física, y la alinea con los criterios sospechosos reconocidos, es que las características sexuales con frecuencia no tienen relación alguna con la capacidad para funcionar o para contribuir a la sociedad. Como resultado de ello, las distinciones estatutarias entre los sexos suelen tener el efecto de relegar odiosamente a toda la clase de las mujeres a una condición jurídica inferior con respecto a la capacidad efectiva de sus miembros considerados por separado ... Teniendo presentes esas consideraciones, sólo podemos llegar a la conclusión de que las clasificaciones basadas en el sexo, al igual que las clasificaciones en la raza, la condición de extranjero o el origen nacional, son sospechosas intrínsecamente y, por lo tanto, deben estar sometidas a un escrutinio judicial.”<sup>571</sup>

iii) *Idioma*

276. La prohibición de la discriminación basada en el idioma figura en las disposiciones ya mencionadas de los principales instrumentos relativos a la protección de los derechos humanos. Ha sido desarrollada además en la jurisprudencia internacional<sup>572</sup>.

iv) *Religión*

277. Aunque la discriminación racial y religiosa figuran entre las formas antiguas de discriminación y con frecuencia se han entrelazado a lo largo de la historia, la prohibición racial se ha desarrollado más plenamente que la segunda en los instrumentos internacionales<sup>573</sup>. La ausencia de un entendimiento común del concepto de religión<sup>574</sup> así como las diferencias en la relación entre religión y diversos Estados han complicado los esfuerzos encaminados a elaborar más plenamente la prohibición de la discriminación religiosa.

---

Constitución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas de 1936, la Constitución de la República Popular China de 1954, la Constitución del Paraguay de 1967 y la Constitución de Egipto de 1972).

<sup>571</sup> *Frontiero et Vir v. Richardson, Secretary of Defense et al.*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 14 de mayo de 1973, Causa No. 71-1694, 411 US 677, págs. 686 a 688 (se omiten las citas) (en relación a *Weber v. Aetna Casualty & Surety Co.*, 406 U.S. 164, 175 (1972)).

<sup>572</sup> Véase en particular Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Belgium*, sentencia de 23 de julio de 1968.

<sup>573</sup> “Los prejuicios religiosos y raciales son fenómenos tan viejos como la historia de la humanidad ... Con frecuencia la intolerancia religiosa y la racial coinciden ... El derecho internacional actual regula ambas formas de discriminación con diferente intensidad”, Karl Josef Partsch, “Racial and Religious Discrimination”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 4, 2001, págs. 4 a 9, en especial pág. 4.

<sup>574</sup> La Declaración sobre la eliminación de la intolerancia religiosa y la discriminación no define las expresiones “religiosa” ni “convicción” que se utilizan en ella. Véase Donna J. Sullivan, “Advancing the Freedom of Religion or Belief Through the UN Declaration on the Elimination of Religious Intolerance and Discrimination”, *American Journal of International Law*, vol. 82, 1988, págs. 487 a 520, en especial pág. 491.



“La discriminación religiosa no ha quedado comprendida en ninguno de esos instrumentos [relativos a la discriminación racial]. En 1962 se había adoptado la decisión de preparar instrumentos separados (una declaración y una convención; véanse las resoluciones 1780 y 1781 (XVII) de la Asamblea General). El trabajo tardó 20 años. No fue fácil llegar a un terreno común entre países ateos y los que adhieren a una fe religiosa y entre países con relaciones muy diferentes entre las autoridades religiosas y el Estado. Sólo después de abandonarse el propósito de preparar una convención jurídicamente obligatoria (la Asamblea General en 1967 rechazó un proyecto de 1965) fue posible en definitiva hallar consenso para probar una Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, de 25 de noviembre de 1981 (resolución 36/55 de la Asamblea General). En esa Declaración se hizo un intento por definir las formas legítimas de actividades religiosas (artículo 6) sin agregar mucho a los artículos pertinentes de los Pactos de derechos humanos. Se ha caracterizado como una transacción con debilidades y lagunas, pero que afirma al menos que el derecho a manifestar su religión sigue siendo una dimensión de la existencia humana.”<sup>575</sup>

278. El texto de los artículos 2, 3 y 8 de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión y las convicciones, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981 (por consenso) es el siguiente:

“Artículo 2

1. Nadie será objeto de discriminación por motivos de religión o convicciones por parte de ningún Estado, institución o grupo de personas o particulares.

2. A los efectos de la presente Declaración, se entiende por ‘intolerancia y discriminación basadas en la religión o las convicciones’ toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin o efecto sea la abolición o el menoscabo del conocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Artículo 3

La discriminación entre los seres humanos por motivo de religión o convicciones constituye una ofensa a la dignidad humana y una negación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, y debe ser condenada como una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y enunciados detalladamente en los Pactos internacionales de derechos humanos, y como un obstáculo para las relaciones amistosas y pacíficas entre las naciones.

<sup>575</sup> Karl Josef Partsch, “Racial and Religious Discrimination”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 4, 2001, págs. 4 a 9, en especial págs. 5 y 6 (citando el comentario del Observador de la Santa Sede en el trigésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General, A/C.3/36/SR.32, párr. 28). Véase en general Donna J. Sullivan, “Advancing the Freedom of Religion or Belief Through the UN Declaration on the Elimination of Religious Intolerance and Discrimination”, *American Journal of International Law*, vol. 82, 1988, págs. 487 a 520.

## Artículo 8

Nada de lo dispuesto en la presente Declaración se entenderá en el sentido de que restrinja o derogue ninguno de los derechos definidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos.”<sup>576</sup>

279. La prohibición de la discriminación por motivos religiosos ha sido objeto también de instrumentos regionales de derechos humanos, incluidos el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y el proyecto de Carta Árabe de Derechos Humanos<sup>577</sup>.

v) *Condición de extranjero*

280. El derecho de un Estado a distinguir entre sus nacionales y los extranjeros es la base misma del derecho del Estado a expulsar a los extranjeros y la obligación correspondiente de un Estado de recibir a sus nacionales<sup>578</sup>. En derecho internacional se reconoce la posibilidad de diferenciar entre nacionales y extranjeros<sup>579</sup>, como se indica en algunos instrumentos

<sup>576</sup> Resolución 36/55 de la Asamblea General.

<sup>577</sup> Véase el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el párrafo 1 del artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 2 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y el artículo 3 del proyecto de Carta Árabe de Derechos Humanos de 2004.

<sup>578</sup> “Las distinciones en derecho en general entre extranjeros y ciudadanos, por lo tanto, no deniegan a los primeros la igual protección de la ley si esas discriminaciones son ‘estrictamente necesarias’. Los derechos reconocidos por el Pacto, sin embargo, son expresamente aplicables a todas las personas sometidas a la jurisdicción de un Estado Parte, ya sean extranjeros o ciudadanos. Está permitida la distinción entre extranjeros y ciudadanos sólo cuando se ha dispuesto expresamente, por ejemplo, en el artículo 25 (el derecho de voto y de participación en los asuntos públicos) y el párrafo 4 del artículo 12 y el artículo 13 (el derecho a entrar en su propio país y a ser libre de la posibilidad de expulsión)”, B. G. Ramcharan, “*Equality and Nondiscrimination*”, en Louis Henkin (ed.), *The International Bill of Rights*, New York, Columbia University Press, 1981, págs. 246 a 269, en especial pág. 263.

<sup>579</sup> “Los extranjeros han sido objeto de discriminación desde tiempo inmemorial”, Richard B. Lillich, nota 473 *supra*, pág. 343. “Rara vez se afirma con seriedad que los Estados no pueden diferenciar entre nacionales y extranjeros de manera que tenga una relación razonable con las diferencias en cuanto a sus obligaciones y lealtades. De esta manera, los Estados se reconocen recíprocamente al aceptar la licitud de gran variedad de diferenciaciones en el acceso permisible al territorio, la participación en el gobierno, la propiedad de los recursos naturales importantes, etc. Sin embargo el principio parecería ser aceptado universalmente en el sentido de que, con respecto a la participación en muchos procesos sociales importantes, los Estados no pueden discriminar contra los extranjeros en favor de los nacionales de manera que no tenga una base sustancial en las diferencias en cuanto a sus obligaciones y lealtades”, Myres S. McDougal, *et al.*, nota 475 *supra*, pág. 444 (se omite la cita). “Los Estados no practican de hecho la supuesta norma de la plena igualdad de los extranjeros. No les dejan ocupar cualquier trabajo, por ejemplo, ni les permiten la plenitud de los derechos políticos, ni siquiera la plena igualdad ante los tribunales”, Detlev Vagts, “Minimum Standard”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 3, 1997, págs. 408 a 410, en especial pág. 409. “Cabe señalar que hay cierto fundamento en las proposiciones que utilizan la no discriminación (sobre la base de la nacionalidad) como principio que limita la libertad normal de los Estados en contextos particulares como en caso de expropiación, devaluación de la moneda, tributación y comercio de exportación”, Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, pág. 548 (se omiten las citas). “Tales constituciones [nacionales] suelen prohibir la discriminación contra los extranjeros”, Vishnu D. Sharma, y F. Wooldridge, “Some Legal Questions arising from the Expulsion of the Ugandan Asians”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 23,

internacionales<sup>580</sup>. Esas distinciones, sin embargo se suelen limitar a algunos derechos, como el derecho de voto y a ser elegido para cargos públicos<sup>581</sup>.

1974, págs. 397 a 425, en especial pág. 409 (citando como ejemplo el artículo 14 de la Constitución de la India). “En cuanto a la cuestión general de la igualdad, corresponde al derecho internacional responder si el hecho de ser extranjero es, en todas las circunstancias, una ‘diferencia pertinente’ que justifique el trato diferente. El principio de la no discriminación excluye expresamente ciertos tipos de distinción y plantea una muy fuerte presunción de igualdad. La carga de la prueba corresponde a la parte que procura invocar excepciones para demostrar la justificación objetiva y la proporcionalidad. Es esta la manera de proceder que dispone la norma general de derecho internacional, y se ha dado una indicación de la forma en que ésta y otras normas más detalladas controlan la discreción de que los Estados podrían disfrutar de otra manera en su tratamiento de los extranjeros”, Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 87 (se omite la cita). “Por lo tanto el derecho internacional clásico no impide la discriminación de los Estados entre extranjeros y nacionales en razón de la nacionalidad. Ese criterio se rechazó principalmente en los tratados de derechos humanos de carácter regional”, Hélène Lambert, nota 83 *supra*, pág. 13.

<sup>580</sup> Véanse en particular el párrafo 2 del artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (“Esta Convención no se aplicará a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado Parte en la presente Convención entre ciudadanos y no ciudadanos”), el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (que se refiere concretamente a la expulsión de extranjeros) y el artículo 25 (“Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”; según el artículo 9 de la Convención de Montevideo sobre los Derechos y Deberes del Estado (los nacionales y los extranjeros están sometidos a la misma protección de la ley y las autoridades nacionales y los extranjeros no podrán reivindicar más derechos o derechos más amplios que los de los nacionales)). “Atendidos los principales propósitos de la Convención y el contexto pertinente parece quedar en claro que esta disposición no tenía por objeto solamente reservar a los Estados una competencia que sigue haciendo las diferencias históricas entre extranjeros y nacionales establecidas con carácter razonable en el derecho internacional consuetudinario. No tenía por objeto ser una nueva disposición oblicua en el sentido de permitir en general que la condición de extranjero fundamente la discriminación. La diferenciación sobre la base de la condición de extranjero respecto de asuntos como el derecho de voto y a desempeñar cargos públicos, según se acepta habitualmente, sigue siendo permisible, pero la norma del tratamiento dado a los extranjeros, según está establecido en el derecho internacional consuetudinario y en las normas contemporáneas de derechos humanos con respecto a otros valores, no ha de diluirse”, Myres S. McDougal, *et al.*, nota 475 *supra*, pág. 461 (se omiten las citas) (refiriéndose al párrafo 2 del artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial).

<sup>581</sup> “Los principales tratados de derechos humanos reconocen la dignidad intrínseca y la igualdad de derechos inalienables de todos. Respecto de los derechos fundamentales no reconocen distinción alguna entre nacionales y no nacionales, pero reconocen la autoridad permanente del Estado para mantener las distinciones entre los ciudadanos y los no ciudadanos en ciertas esferas de actividad”, Guy S. Goodwin-Gill, “*Migration: International Law and Human Rights*”, en Bimal Ghosh (ed.), *Managing Migration*, Oxford University Press, 2000, págs. 160 a 189, en especial pág. 167 (se omiten las citas). “Este es el único lugar [artículo 21] de la Declaración Universal en que se reserva un derecho específico sólo a los nacionales. Esa disposición no hace sino reflejar la expectativa de la comunidad que data de largo tiempo de que, la diferenciación sobre la base de la nacionalidad es permisible con respecto a la participación en la formulación de decisiones de la comunidad, es decir, votar y ocupar cargos públicos”, Myres S. McDougal *et al.*, nota 475 *supra*, pág. 459 (se omiten las citas). “El segundo problema respecto de la igualdad ante la ley en lo que se refiere a los derechos políticos fue la cuestión del derecho de voto de los extranjeros. En la mayoría de los países los extranjeros están excluidos del derecho

“Sin embargo, a pesar de la redacción general de convenciones recientes, la discriminación basada en la nacionalidad solamente puede ser permisible todavía, al menos dentro de ciertos límites. Por ejemplo, la obligación del Estado de admitir a los individuos suele limitarse en favor de lo que son sus nacionales, y se acepta ampliamente que se puede excluir a los extranjeros del ejercicio de los derechos políticos, la propiedad de ciertos bienes y los cargos públicos. La práctica estatal apoya la licitud de ese tipo de discriminación, aunque hay una tendencia a que los Estados otorguen a los nacionales de otros Estados mayor igualdad de hecho, como resultado de obligaciones extensivas de tratado. Las desventajas de la condición de extranjero se redujeron significativamente con el desarrollo de las normas de la cláusula de más favor y el trato nacional en los tratados comerciales a partir del siglo XVII, y es aquí, en el principio básico de igualdad, que se halla el origen de la norma de no discriminación. Incluso a falta de tratado algunas medidas discriminatorias en contra de extranjeros solamente eran inaceptables.”<sup>582</sup>

281. El principio de no discriminación limita la medida en que los Estados pueden discriminar contra los extranjeros en algunos sentidos.

“El principio de no discriminación impone claras limitaciones a la libertad de los Estados para tratar a los extranjeros. En materia racial la no discriminación tiene carácter normativo y puede considerarse parte del *jus cogens*. En otras materias que implican distinciones adversas a los extranjeros respecto de los bienes, el acceso a los tribunales, el ingreso al país, la exclusión y la expulsión, lo que cabe preguntar es si existe actualmente un conjunto suficiente de normas que permitan determinar si el ejercicio de la discreción del Estado es justificable o si equivale a discriminación ilícita. Las distinciones en estas esferas pretendidamente basadas en la condición de extranjero, o en la competencia para tratar a los extranjeros a voluntad, pero que en realidad tienen motivos raciales, quedan claramente prohibidos por el principio general anteriormente anunciado. Incluso en otras materias, debe seguir dudándose de la condición de extranjero como base exclusiva de las distinciones, y ha sido objeto tanto de tratados como de la práctica internacional para prevenir la discriminación en desmedro de los extranjeros en general.”<sup>583</sup>

vi) *Origen nacional*

282. En las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas no se menciona el origen nacional para prohibirlo como fundamento de la discriminación.

---

de voto y de participar en elecciones. Hay sin embargo algunos países en los que, tras un plazo de residencia, los extranjeros puedan participar en las elecciones locales. Sólo algunos países sudamericanos van más allá. Por ejemplo, el Uruguay otorga el derecho de voto en elecciones nacionales a los extranjeros que hayan residido durante más de 15 años en el país y que reúnan otros requisitos. Pero esto parece ser una excepción. El reconocimiento de los derechos políticos de los extranjeros no ha sido aún exigido en el apartado c) del artículo 5. Como se mencionó anteriormente, la expresión ‘todos’ en el párrafo introductorio ha de interpretarse sobre la base del párrafo 2 del artículo 1, en cuya virtud la Convención no es aplicable a las distinciones y exclusiones entre ciudadanos y no ciudadanos”, Karl Josef Partsch, “Elimination of Racial Discrimination in the Enjoyment of Civil and Political Rights”, *Texas International Law Journal*, vol. 14, 1979, págs. 191 a 250, en especial págs. 237 y 238 (se omiten las citas).

<sup>582</sup> Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, págs. 83 y 84 (se omiten las citas).

<sup>583</sup> *Ibid.*, págs. 85 y 86 (se omiten las citas) (refiriéndose a *Hines v. Davidomitz* 312 U.S. 52 (1941), citado por J. Black, pág. 65).

Sin embargo, la Corte Internacional de Justicia ha reconocido que “aplicar distinciones, exclusiones, restricciones y limitaciones basadas exclusivamente en ... el origen nacional o étnico que equivalen a una denegación de los derechos fundamentales constituye una violación flagrante de los propósitos y principios de la Carta”<sup>584</sup>.

283. La prohibición de la discriminación basada en el origen nacional figura en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en varios tratados internacionales<sup>585</sup>. A este respecto en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial se incluye el criterio de “origen nacional o étnico” en la definición de discriminación racial que figura en el artículo 1. El párrafo 3 de esa norma dispone lo siguiente: “Ninguna de las cláusulas de la presente Convención podrá interpretarse en un sentido que afecte en modo alguno las disposiciones legales de los Estados Partes sobre nacionalidad, ciudadanía o naturalización, siempre que tales disposiciones no establezcan discriminación contra ninguna nacionalidad en particular”. Cabe cierta duda en cuanto al significado de la expresión “origen nacional o étnico”<sup>586</sup> y el efecto de esta disposición<sup>587</sup>. También hay cierta duda en cuanto al grado en que está prohibido este tipo de discriminación<sup>588</sup>.

vii) *Otros tipos de discriminación*

284. La prohibición de la discriminación por las razones enunciadas en la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>589</sup> no se

<sup>584</sup> Véase *Legal consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding the Security Council resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, pág. 16 y ss., en especial pág. 57, párr. 131.

<sup>585</sup> Véase el párrafo 1 del artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el párrafo 1 del artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 2 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y el proyecto de Carta Árabe de Derechos Humanos de 2004.

<sup>586</sup> “Los criterios del ‘origen nacional o étnico’ presentan las mismas dificultades que la expresión ‘pueblo’. ¿Se incluye a las tribus, castas y grupos sociales semejantes? La cuestión es controvertida”, Karl Josef Partsch, “Racial and Religious Discrimination”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 4, 2001, págs. 4 a 9, en especial pág. 4.

<sup>587</sup> “Atendidos los debates durante la redacción, parece que, según el párrafo 2 del artículo 1, que ha de aplicarse a interpretar la palabra ‘toda persona’ del artículo 5, la concesión de privilegios a los ciudadanos de un Estado extranjero determinado en razón de su nacionalidad no es incompatible con las disposiciones de la Convención. Si la Convención no es aplicable a las preferencias basadas en la ciudadanía, el trato diferente de los ciudadanos de Estados diferentes sigue siendo legítimo. Si se hubiera de tratar a todos los extranjeros de la misma manera, lo que excluiría la aplicación de la cláusula de más favor, tendría que haberse dispuesto expresamente en la Convención con el fin de excluir la aplicación de un principio general de derecho internacional”, Karl Josef Partsch, “Elimination of Racial Discrimination in the Enjoyment of Civil and Political Rights”, *Texas International Law Journal*, vol. 14, 1979, págs. 191 a 250, en especial pág. 228 (se omite la cita).

<sup>588</sup> “Un número bastante respetable de especialistas en derecho internacional ha sostenido que es ilícito que un Estado discrimine entre extranjeros de diferentes nacionalidades. Es claro que no hay consenso entre los especialistas en derecho internacional acerca del significado y el alcance de la obligación de evitar la discriminación entre extranjeros”, K. C. Kotecha, “The Shortchanged: Uganda Citizenship Laws and How they were applied to its Asian Minority”, *International Lawyer*, vol. 9, 1975, págs. 1 a 29, en especial pág. 25.

<sup>589</sup> “La adición de la expresión ‘otra condición’ a la lista de criterios de la Declaración Universal se ajusta al carácter ejemplar y no exhaustivo de esta lista (‘toda discriminación como ...’)”, Karl Josef Partsch, “Discrimination Against Individuals and Groups”, en Rudolf Bernhardt (dir.),

proponía ser exhaustiva<sup>590</sup>. El principio de no discriminación puede aplicarse a otros fundamentos que la comunidad internacional considera inadmisibles. Por ejemplo, la posibilidad de ampliar ese principio de manera de incluir la discriminación basada en la condición de extranjero se consideró anteriormente. La medida en que se reconoce que ese fundamento y otros estén cubiertos por el principio de no discriminación como materia de derecho internacional no es claro. Baste con señalar a los efectos actuales que la enumeración de fundamentos impermisibles examinada en relación con el principio de no discriminación no tiene por objeto ser exhaustiva ni excluir el posible reconocimiento de otros fundamentos en el futuro.

**g) Pertinencia del principio de no discriminación en lo que respecta a la expulsión de extranjeros**

285. La expulsión de extranjeros contraria al principio de no discriminación puede constituir una violación de derecho internacional<sup>591</sup>. En 1987 el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos reconoció la ilicitud de la expulsión discriminatoria de extranjeros, sin dar más detalle, como sigue: “Una persona que invoca la expulsión tiene la carga de demostrar la ilicitud de la acción de expulsión del Estado, en otras palabras, ha de demostrar que la expulsión fue arbitraria, discriminatoria o con infracción de las obligaciones convencionales del Estado que la ordena”<sup>592</sup>.

---

*Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 1079 a 1083, en especial pág. 1083.

<sup>590</sup> “Cabe recordar que aunque en la Carta de las Naciones Unidas se enumeran sólo cuatro fundamentos concretos de diferenciación impermisible, la raza, el sexo, el idioma y la religión, tienen el objeto de ser ilustrativos y no exhaustivos. La formulación más detallada que figura en la Declaración Universal de Derechos Humanos lo deja bien claro”, Myres S. McDougal, *et al.*, nota 475 *supra*, pág. 458 (se omite la cita). “Si bien se puede sostener que la no discriminación en tanto principio o norma general se limita a las distinciones basadas sólo en la raza, actualmente existen suficientes argumentos para demostrar que, como norma de derecho internacional, la no discriminación es un principio de escala mucho más amplia”, Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 75. “El número de factores que no se pueden utilizar como criterios de discriminación no deja de aumentar” Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, pág. 17.

<sup>591</sup> “Para completar esta reseña de tipos de ‘motivos de acción’ vale la pena considerar la evolución reciente del derecho internacional consuetudinario. Una de esas novedades, que en la actualidad está profundamente arraigada, es el principio de no discriminación, aplicable en materia de raza y de sexo pero que sin duda es aplicable también a diversos actos arbitrarios derivados de prejuicios religiosos y de prejuicios sociales de otro orden. Los argumentos en apoyo de la posición de que el principio forma parte del derecho internacional general son abundantes. En suma, el principio constituye una contribución al derecho derivada de la esfera de los derechos humanos. La pertinencia del principio es considerable. Cuando un Estado actúa en el marco de lo que a primera vista se considera un derecho, una facultad, o un privilegio, pero hay pruebas de que la ocasión precisa o el modo de ejercicio del derecho, etc., se basó en una selección contraria al principio de no discriminación, surgirá responsabilidad en razón de la discriminación ilícita. Los actos de expulsión o de tributación, por ejemplo, que normalmente serían lícitos (cabe suponer) constituirían en tal caso infracciones del principio de no discriminación”, Ian Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility*, parte I, Oxford, Clarendon Press, 1983, pág. 81 (se omiten las citas). Véase también Rainer Arnold, “Aliens”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 102 a 107, en especial pág. 104.

<sup>592</sup> *Rankin v. The Islamic Republic of Iran*, nota 136 *supra*, página 142, párr. 22. “Sería razonable suponer que la discriminación arbitraria en el ejercicio de las facultades de expulsar extranjeros sería ilícita. Se plantean dos cuestiones. En primer lugar, si la libertad particular está sujeta a limitación de ese tipo: si la norma particular de no discriminación es de *jus cogens* (como ocurre

286. El principio de no discriminación puede ser pertinente para determinar la licitud de la expulsión de extranjeros desde tres puntos de vista. En primer lugar, el principio de no discriminación prohibiría la expulsión de extranjeros sobre la base exclusiva de su raza, religión, sexo, idioma o cualquier otro criterio abarcado por ese principio. En segundo lugar, el principio de no discriminación prohibiría el incumplimiento de los requisitos sustantivos y procesales de una expulsión lícita por tales motivos<sup>593</sup>. En tercer lugar, el principio de no discriminación puede tener especial pertinencia respecto de la prohibición de las expulsiones colectivas.

### 3. Principio de legalidad

287. El principio de legalidad requiere que la expulsión de extranjeros se haga en virtud de la decisión adoptada con arreglo a derecho<sup>594</sup>. Este principio de derecho internacional exige que la expulsión de un extranjero se haga con arreglo a una orden de la autoridad competente en virtud de una decisión adoptada de conformidad con el derecho interno del Estado en cuestión<sup>595</sup>. El principio de

---

en el caso de la discriminación racial), la respuesta será afirmativa. En segundo lugar, si se han desarrollado normas para determinar la distinción entre diferenciación lícita y discriminación ilícita arbitraria”, Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, pág. 548. “Cuando las expulsiones discriminatorias tienen cierta base objetiva y no son una medida desproporcionada dadas las circunstancias, no son aparentemente contrarias a la Declaración [Universal]. Esto se desprende del párrafo 2 del artículo 29 de la Declaración ... Ese artículo encuentra formulaciones paralelas en las constituciones nacionales y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En concreto, dicho artículo dispone: ‘En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática’”, Vishnu D. Sharma y F. Wooldridge, nota 579 *supra*, pág. 409, nota 75.

<sup>593</sup> “Corresponde realizar la tarea a diversos órganos. En la medida en que las cláusulas relativas a la discriminación racial o religiosa figuran en instrumentos generales de protección de los derechos humanos, debe hacerse referencia aquí a las organizaciones y convenciones correspondientes. La mayoría de esas cláusulas prohíbe la discriminación sólo en relación con la violación de los derechos enunciados en los instrumentos y no tiene ‘existencia independiente’ alguna (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 23 de julio, 1968 (Belgian Linguistic Cases), Series A6, pág. 33)”, Karl Josef Partsch, “Racial and Religious Discrimination”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 4, 2001, págs. 4 a 9, en especial págs. 6 y 7.

“El principio o norma de no discriminación ha figurado de manera prominente en los intentos modernos de velar por la mayor protección de los derechos humanos fundamentales. Derechos como el derecho a la vida, la libertad y la seguridad de la persona y el derecho a la igualdad ante la ley y a su protección claramente no permiten distinción entre nacionales y extranjeros. Pero es claro que tanto en el derecho internacional general como en el convencional se prevén distinciones continuas entre ambos grupos. Los ‘derechos básicos’ del extranjero pueden garantizarse, pero cabe discutir acerca del grado en que pueden limitarse sus demás derechos e intereses”, Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 75 (se omite la cita).

<sup>594</sup> “El derecho internacional general impone como condición previa de la validez de la orden de expulsión el requisito de que se haga con arreglo a derecho”, Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 308.

<sup>595</sup> “La expulsión, en primer lugar, debe estar permitida por el derecho interno y, además, debe hacerse sólo en cumplimiento de una decisión adoptada con arreglo a derecho. Este último requisito excluye la arbitrariedad y se deriva directamente de las normas de derecho internacional general”, Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 263. “Las expulsiones arbitrarias ... en violación de las disposiciones de derecho interno ... han dado lugar a reclamaciones diplomáticas y a laudos de comisiones arbitrales ... En varios casos dirigidos contra Venezuela

legalidad puede aplicarse tanto a los requisitos de fondo como a los requisitos procesales para la expulsión lícita de los extranjeros<sup>596</sup>. Además, el principio de la supremacía del derecho internacional requiere que el derecho nacional<sup>597</sup> y la jurisprudencia<sup>598</sup> de un Estado sea compatible con el derecho internacional<sup>599</sup>.

una de las principales acusaciones en la denuncia del gobierno reclamante, que en definitiva prosperó, fue que la expulsión de un extranjero domiciliado (en el derecho venezolano un extranjero que resida en el país durante dos o más años) se hizo en violación del derecho interno. La violación por un gobierno de su propio derecho interno en perjuicio de un extranjero siempre se considera fundamento válido de una reclamación”, Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, Nueva York, The Banks Law Publishing Co., 1915, págs. 57 y 58 (se omiten las citas).

<sup>596</sup> “No obstante, el derecho a expulsar o deportar, como el derecho a negar la admisión, debe ejercerse de conformidad con los principios generalmente aceptados de derecho internacional, especialmente las normas internacionales de derechos humanos, tanto sustantivas como procesales, y los acuerdos internacionales aplicables, tanto mundiales como regionales y bilaterales. Por consiguiente, al ejercer su facultad de expulsar o deportar, un Estado debe observar las garantías procesales internacionales e internas (‘con arreglo a sus leyes y reglamentos’); sus funcionarios no deben actuar de forma arbitraria ni hacer uso indebido de los poderes que les otorga el derecho nacional, y en todos los casos deben actuar razonablemente y de buena fe”, Louis B. Sohn y T. Buerghenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders, Studies in Transnational Legal Policy*, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, pág. 89. “Que la medida de expulsión debe adoptarse con arreglo al derecho interno expresa además la norma prevista por el derecho internacional, y es esencial que no se desconozcan las consecuencias ulteriores de dicha norma. De esta manera, se requiere que el derecho interno se ajuste a las normas de derecho internacional: por lo tanto no debe violar la norma de no discriminación y no puede permitir el uso de la expulsión como instrumento de genocidio, persecución o confiscación. La exigencia prescriptiva de que las decisiones se ajusten a la ley implica necesariamente que la discreción esté limitada y que las decisiones estén sometidas al control de la ley. Tal vez no sea imprescindible que se puedan recurrir todas las cuestiones de fondo, ni siquiera ante algún tribunal administrativo especial que conozca de reclamaciones, especialmente en materia política y de seguridad, en la que el poder ejecutivo goza del más amplio margen de apreciación. Pero la norma de derecho internacional requiere que se cuente con algún procedimiento para cuestionar la legalidad básica de la medida ejecutiva, como un escrito de hábeas corpus en los países del common law ... El requisito adicional de una audiencia con respecto al fondo o de la oportunidad de formular alegaciones, aunque se halla comúnmente en los sistemas internos, no se puede decir que haya adquirido reconocimiento como norma de derecho internacional. Tal principio puede contemplarse de *lege ferenda* ... pero no cabe duda de que la primera norma, que niega el carácter arbitrario y caprichoso de la expulsión, ha de aceptarse de *lege lata*”, Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 275 (se omiten las citas). Véase también Giorgio Gaja, nota 28 *supra*, pág. 297.

<sup>597</sup> “Además, en la causa relativa a *Ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia Polaca (Fondo del asunto)* la Corte, implícitamente, aunque no de forma expresa, rechazó la doctrina del trato nacional y ‘reconoció la existencia de un derecho internacional común o generalmente aceptado respecto del trato de los extranjeros que les es aplicable a pesar de la legislación interna’”, Richard B. Lillich, nota 473 *supra*, pág. 353 (se omiten las citas). “Los Estados Unidos consideran que un Estado que durante el proceso de expulsión de un extranjero de su territorio recurra a métodos que violen su propia constitución es culpable de una conducta internacional ilícita”, Charles 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. 233 (se omite la cita).

<sup>598</sup> “Un Estado es responsable de la práctica y la jurisprudencia de sus tribunales incluso cuando en virtud del derecho interno del propio Estado los tribunales no estén sometidos al poder ejecutivo y las decisiones no se puedan alterar una vez que hayan entrado en vigencia”, Stephan Verosta, “Denial of Justice”, 1987, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 1007 a 1010, en especial pág. 1007.

<sup>599</sup> “Regla 12 que rige la expulsión o deportación de extranjeros: Un Estado podrá expulsar o deportar a un extranjero sólo con arreglo a sus leyes y reglamentos y de conformidad con principios generalmente aceptados de derecho internacional y de los acuerdos internacionales



288. El principio de legalidad con respecto a la expulsión de extranjeros ha sido reconocido en la jurisprudencia internacional, los tratados internacionales y otros instrumentos internacionales. Con respecto a la jurisprudencia internacional, puede mencionarse el laudo arbitral en el caso *Boffolo*. El árbitro consideró que no podían aceptarse argumentos contrarios a la Constitución del Estado de expulsión para justificar una expulsión.

“En el presente caso los únicos argumentos sugeridos a la Comisión serían contrarios a la Constitución venezolana y, por cuanto este país no cuenta con un poder despótico, sino con leyes establecidas que, entre otras cosas, limitan los actos de sus funcionarios, el árbitro no puede aceptar como suficientes esos argumentos (por buenos que sean los que de hecho hayan existido).”<sup>600</sup>

289. El principio de legalidad ha sido reconocido además en diversos instrumentos internacionales respecto de los extranjeros que se hallan presentes en forma lícita en el territorio de un Estado, incluidos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el Protocolo No. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. El artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 dispone lo siguiente:

“El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley ...”<sup>601</sup>

---

aplicables. Esta regla enuncia dos normas básicas: en primer lugar, la deportación o expulsión debe tener lugar sólo de conformidad con las leyes y reglamentos del Estado y, en segundo lugar, esas leyes y reglamentos deben ajustarse a normas generalmente reconocidas de derecho internacional”, Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington D.C., American Society of International Law, 1992, pág. 89. “En las disposiciones de ciertos sistemas internos se observan posibles limitaciones de la facultad de expulsión ... En realidad, es posible que la gran discreción que los sistemas internos conceden a las autoridades ejecutivas respectivas hace que sea más difícil presumir *opinio juris* sobre la base de la práctica efectiva. No obstante, no cabe duda de la importante influencia que las normas de derecho internacional han tenido sobre la forma de ejercer tales facultades y sobre el desarrollo del principio de que las decisiones a ese respecto deben adoptarse ‘con arreglo a la ley’”, Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 237. “Parecería a primera vista que la percepción actual de la limitación apenas es más precisa. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que ‘El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley’ ... Por ejemplo, la sola aplicación de los primeros principios nos llevará a concluir que en la cita anterior la palabra ‘legalmente’ y la oración ‘conforme a la ley’ se refieren *prima facie* al derecho interno. No obstante, el principio requiere que esas expresiones se interpreten en relación con el derecho internacional cuando las normas de derecho interno y las normas internacionales se hallen en conflicto”, Richard Plender, “The Ugandan Crisis and the Right of Expulsion under International Law”, *The Review: International Commission of Jurists*, No. 9, 1972, págs. 19 a 32, en especial págs. 23 y 24.

<sup>600</sup> *Boffolo Case*, nota 581 *supra*, pág. 537.

<sup>601</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 16 de diciembre de 1966, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, No. 4668, pág. 171. El artículo 7 de la declaración anexa a la resolución 40/144 de la Asamblea General (Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, 13 de diciembre de 1985) contiene una redacción muy semejante: “Un extranjero que se halle legalmente en el territorio

El párrafo 6 del artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 dispone lo siguiente:

“El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en la Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley ...”<sup>602</sup>

El párrafo 4 del artículo 12 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 dispone lo siguiente:

“Una persona que no sea nacional de un Estado Parte que se halle legítimamente en el territorio del Estado Parte en la presente Carta no podrá ser expulsado de él sino en virtud de una decisión adoptada con arreglo a la ley.”<sup>603</sup>

El párrafo 1 del artículo 1 del Protocolo No. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1984 dispone lo siguiente:

“Un extranjero que sea residente legal en el territorio de un Estado no será expulsado de él sino en cumplimiento de una decisión adoptada de conformidad con la ley ...”<sup>604</sup>

290. Se enuncia el mismo principio en el párrafo 2 del artículo 22 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 1990, con la redacción siguiente: “Los trabajadores migratorios y sus familiares sólo podrán ser expulsados del territorio de un Estado Parte en cumplimiento de una decisión adoptada por la autoridad competente conforme a la ley”. Según esa disposición puede interpretarse el principio de legalidad en el sentido de incluir el requisito de que la decisión de expulsión sea adoptada por una autoridad competente para ello con arreglo a la legislación del Estado que expulsa.<sup>605</sup>

291. El principio de legalidad ha sido reconocido además en principios y recomendaciones adoptados por organizaciones internacionales. En 1961 el Comité consultivo Jurídico Asiático-Africano aprobó principios en que se hacía hincapié en el requisito de legalidad en relación con la adopción de una orden de expulsión o

---

de un Estado sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley ...”.

<sup>602</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, 22 de noviembre de 1969, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1144, No. 17955, pág. 123.

<sup>603</sup> Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Nairobi, 27 de junio de 1981, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1520, No 26363, pág. 217.

<sup>604</sup> Protocolo No. 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Estrasburgo, 22 de noviembre de 1984, *European Treaty Series*, No. 117.

<sup>605</sup> Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, nota 266 *supra*. Asimismo, el Relator Especial F. V. García Amador propuso en un proyecto de artículos una formulación del principio de legalidad que se refería tanto a los fundamentos de la expulsión como al procedimiento: “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 graves en el procedimiento que él establece al efecto”. Comisión de Derecho Internacional, Responsabilidad internacional, sexto informe de F. V. García Amador, Relator Especial (Responsabilidad del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros—La reparación del daño), *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1961, vol. II, A/CN.4/134 y adición, págs. 1 a 54, párrafo 1 del artículo 5.

deportación, las medidas encaminadas a velar por el cumplimiento de esa orden y las penas que se podrían imponer a la persona que no diera cumplimiento a la orden.

“Un Estado estará facultado para ordenar la expulsión o deportación de un extranjero indeseable de conformidad con sus leyes, reglamentos y ordenanzas internas.

...

Si un extranjero cuya expulsión o deportación se haya ordenado no sale del Estado en el plazo fijado, o, si habiendo salido del Estado, regresa a él sin su permiso, podrá ser expulsado o deportado por la fuerza, además de ser sometido a arresto, detención y castigo de conformidad con las leyes, reglamentos y órdenes locales.”<sup>606</sup>

292. En 1975 la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa aprobó una recomendación en cuya virtud el principio de legalidad con respecto a los fundamentos de una expulsión debía aplicarse también a las medidas adoptadas contra los extranjeros que se hallaran presentes ilegalmente en el territorio de un Estado.

“Un extranjero que no cuente con un permiso válido de residencia podrá ser expulsado del territorio de un Estado Miembro sólo por razones jurídicas específicas que no sean de orden político o religioso.

... Los motivos de expulsión se establecerán de forma limitativa en la ley.”<sup>607</sup>

293. En lo que respecta a otros órganos internacionales, el Instituto de Derecho Internacional destacó en diversos sentidos la importancia del principio de legalidad en relación con la expulsión de extranjeros en un reglamento aprobado en 1892:

“Es conveniente que la admisión y deportación de extranjeros se rija por la ley.”<sup>608</sup>

Todos los Estados deben establecer, mediante leyes o reglamentos publicados con suficiente anticipación respecto de su entrada en vigor, normas para la admisión o la circulación de extranjeros.”<sup>609</sup>

294. Los Estados pueden contar con amplia discreción para aplicar su legislación nacional. Este es el criterio adoptado tanto por el Comité de Derechos Humanos como por la Comisión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

“Este criterio fue el que adoptó el Comité de Derechos Humanos en su dictamen respecto del asunto *Maroufidou c. Suecia*:

‘En este contexto, la referencia a la “ley” es a la ley interna del Estado Parte interesado, que en el caso actual es la ley sueca, aunque naturalmente las disposiciones pertinentes de la ley nacional deben en sí ser compatibles con las disposiciones del Pacto.’

<sup>606</sup> Principios, nota 369 *supra*, párrs. 1 y 3 del artículo 16.

<sup>607</sup> Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, recomendación 769 (1975) sobre la condición jurídica de los extranjeros, 3 de octubre de 1975, *Principles on which a uniform aliens law in Council of Europe member states could be based*, párrs. 9 y 10.

<sup>608</sup> Instituto de Derecho Internacional, *Droit d'admission et d'expulsion des étrangers*, Huitième Commission d'étude, Extrait du procès-verbal des séances des 8 et 9 septembre 1892, présidées par M. Albéric Rolin, vice-président, *Annuaire de l'Institut de Droit international*, volumen 12, 1892-1894, sesión de Ginebra, septiembre de 1892, págs. 184 a 226, en especial pág. 219.

<sup>609</sup> *Ibid.*, pág. 220.

Sería difícil que un órgano supervisor revisara en profundidad la forma en que las autoridades locales han aplicado las normas jurídicas de su Estado respectivo. En consecuencia, la referencia hecha en el artículo 13 del Pacto de las Naciones Unidas a los requisitos enunciados por el derecho interno es en cierto modo limitada. En el caso anteriormente citado el Comité agregó lo que se conoce como ‘fórmula Maroufidou’:

‘El Comité estima que la interpretación de la ley nacional compete fundamentalmente a los tribunales y a las autoridades del Estado Parte interesado. Entre las facultades o funciones del Comité no figura la de evaluar si las autoridades competentes del Estado Parte de que se trata han interpretado y aplicado la ley nacional correctamente en el caso de que se ocupa el Comité con arreglo al Protocolo Facultativo, a menos que se determine que las autoridades competentes no han interpretado o aplicado la ley de buena fe y resulte evidente que ha habido abuso de poder.’

El Comité parece haber ido más allá de este tipo de evaluación sólo en el asunto *Hammel c. Madagascar*. Las circunstancias eran más bien excepcionales, porque la expulsión del solicitante, un abogado, se justificaba con arreglo al Gobierno malgache también como sanción del comportamiento del individuo al ayudar a otros a formular comunicaciones al Comité:

‘El Comité observa además con preocupación que, habida cuenta de la información proporcionada por el Estado Parte [...], la decisión de expulsar a Eric Hammel parecería estar relacionada con el hecho de que hubiese representado a varias personas ante el Comité de Derechos Humanos. Si esto fuera cierto, el Comité hace notar que sería indefendible e incompatible con el espíritu del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Protocolo Facultativo del mismo que los Estados Partes en esos instrumentos hiciesen objeciones a que cualquier persona actuase como letrado de personas que presenten comunicaciones ante el Comité para que sean consideradas con arreglo al Protocolo Facultativo.’

Cabe señalar que ese pasaje se remite al Pacto y al Primer Protocolo Facultativo en general y no al artículo 13. [...]

Tanto la Comisión Europea como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ..., al igual que el Comité de Derechos Humanos, han examinado el cumplimiento de la legislación nacional sólo en medida limitada. En la causa *Bozano* el Tribunal señaló que:

‘En los casos en que el Convenio se refiere directamente al derecho interno, como en el artículo 5, el cumplimiento de ese derecho forma parte integrante de los “compromisos” de los Estados contratantes y el Tribunal, en consecuencia, es competente para decidir si ese cumplimiento es pertinente (artículo 19); no obstante, el alcance de su labor a este respecto está sujeto a límites intrínsecos a la lógica del sistema europeo de protección, por cuanto corresponde en primer lugar a las autoridades nacionales, y especialmente a los tribunales, interpretar y aplicar el derecho interno [...]’

Cuando, como en la causa *Bozano*, los tribunales nacionales, aunque sólo sea incidentalmente, han dudado de que una medida determinada se ajustara a la legislación nacional, el Tribunal ha considerado posible llegar a la conclusión de que la expulsión y, por consiguiente, la detención no fueron lícitas:

‘Aunque los argumentos de quienes comparecen ante el Tribunal y la demás información que obra en autos no son absolutamente concluyentes en opinión del Tribunal, contienen datos suficientes para que el Tribunal abrigue serias dudas respecto de la licitud de la privación de libertad denunciada y su adecuación a las normas del Estado demandado.’

Además, al igual que el Comité de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que su examen no se limita a verificar que una determinada medida se ajuste a la legislación nacional porque la ‘licitud’, en todo caso, implica también la ausencia de cualquier tipo de arbitrariedad.’<sup>610</sup>

### C. Vigencia actual de las limitaciones generales

295. Como resultado de la extensa práctica estatal relativa a la expulsión de extranjeros a lo largo del tiempo, se puede identificar el surgimiento de normas más concretas al examinar la jurisprudencia internacional, el derecho de los tratados y el derecho y la jurisprudencia nacionales<sup>611</sup>. Desde mediados del siglo XX la práctica estatal en esta esfera del derecho internacional se ha desarrollado considerablemente como consecuencia del aumento significativo de la circulación internacional de personas facilitada por la mejora de los medios de transporte. En la actualidad, muchos Estados cuentan con legislación detallada que rige la expulsión de extranjeros y hay un conjunto sustancial de jurisprudencia que interpreta y aplica esas normas. Las organizaciones internacionales y regionales también han contribuido al desarrollo de normas más concretas sobre la expulsión de extranjeros mediante el

<sup>610</sup> Giorgio Gaja, nota 28 *supra*, páginas 297 a 299 (donde se citan las Observaciones aprobadas el 9 de abril de 1981, Comunicación No. R 13/58, *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Documento A/36/40, págs. 162 y ss., en especial pág. 167 (párrs. 9.3 y 10); las Observaciones aprobadas el 3 de abril de 1987, Comunicación No. 155/1983, *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Documento A/42/40, págs. 139 y ss., en especial pág. 148; y sentencia de 18 de diciembre de 1986, *Publications of the European Court of Human Rights*, Serie A, vol. 111, pág. 25 (párr. 58), respectivamente).

<sup>611</sup> Hay diferentes opiniones acerca del grado en que el derecho internacional contiene normas concretas relativas a la expulsión de extranjeros. Se ha señalado que en el derecho internacional contemporáneo pueden hallarse normas más concretas respecto de la expulsión de extranjeros. “Sin embargo, en los últimos años ha quedado cada vez más claro que la expulsión está sujeta a limitaciones importantes impuestas por el derecho internacional público”. Richard Plender, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pág. 459 (se omite la cita). “El análisis de la expulsión en la práctica de los Estados revela que el derecho internacional general dista de guardar silencio en cuanto a los límites dentro de los cuales puede ejercerse esta facultad. Es una facultad esencialmente discrecional, y el derecho internacional dispone la extensión de la facultad y regula la forma de su ejercicio. Al describir esos límites, actualmente es posible ir más allá de las conclusiones algo generalizadas que suelen encontrarse en este ámbito, por ejemplo, en el sentido de que la facultad de expulsión no debe ejercerse en forma ‘arbitraria’, ‘injusta’ o ‘desconsiderada’”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 307. Por el contrario, también se ha dicho que el derecho internacional no contiene normas concretas que rijan la expulsión de los extranjeros, cuya licitud debe considerarse atendiendo a cada caso concreto. “Por otra parte, si bien un Estado tiene amplia discreción para ejercer su derecho a expulsar extranjeros, esta discrecionalidad no es absoluta. De esta manera, con arreglo al derecho internacional consuetudinario, no debe hacer uso indebido de su facultad actuando en forma arbitraria al adoptar la decisión de expulsar a un extranjero, y debe actuar razonablemente en cuanto a la forma en que hace efectiva la expulsión. Aparte de esto, sin embargo, el derecho internacional consuetudinario no contiene normas detalladas respecto de la expulsión y, en consecuencia, todo depende de las circunstancias de cada caso”. Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, págs. 940 y 941 (se omite la cita).

derecho de los tratados y la jurisprudencia internacional. Cabe señalar que la práctica de los Estados en el plano nacional o regional puede variar en algunos sentidos.

296. Sin embargo, esto no quiere decir que las limitaciones tradicionales en materia de expulsión de extranjeros no sigan siendo pertinentes para determinar la licitud de la expulsión. Esos principios clásicos de derecho internacional se siguen reconociendo en el derecho internacional contemporáneo y siguen ofreciendo una norma pertinente para valorar la conducta de los Estados en diversas esferas de actividad. Esos principios generales siguen aportando criterios que permiten determinar la licitud de la expulsión de un extranjero a falta de una norma más concreta. En tanto que las limitaciones tradicionales pueden considerarse disposiciones de derecho internacional consuetudinario, las normas contemporáneas pueden tener su origen en el derecho de los tratados.

297. La extensa práctica estatal en esta esfera o las normas internacionales de derechos humanos pueden dar lugar a normas más específicas<sup>612</sup>. En cierto modo, tales normas concretas pueden interpretarse como un perfeccionamiento de la prohibición del abuso de derecho, el principio de la buena fe y la prohibición de arbitrariedad y como un nuevo paso en el desarrollo del derecho relativo al tratamiento de los extranjeros.

298. Las normas pertinentes del derecho internacional contemporáneo que rigen la expulsión de extranjeros se examinan en relación con: 1) los fundamentos y los demás factores a tener en cuenta en la expulsión de los extranjeros<sup>613</sup>; 2) los requisitos procesales<sup>614</sup>, y 3) la ejecución de la decisión (salida voluntaria o deportación)<sup>615</sup>.

## VII. Motivos y otras consideraciones relativas a la decisión de expulsión

### A. Motivos de la expulsión

#### 1. Exigencia de un motivo válido para la expulsión

299. Se ha dicho que la expulsión de un extranjero es una medida drástica que requiere una justificación sustancial<sup>616</sup>. Esta exigencia fundamental para proceder a

<sup>612</sup> “Al aplicarse, la expulsión es un instrumento brusco que afecta gravemente a la situación de la persona en cuestión. Por ello, ha surgido la necesidad de brindar cierto grado de protección a las personas conforme al derecho internacional”. Giorgio Gaja, nota 28 *supra*, pág. 289. “Sin embargo, el derecho a expulsar o deportar, al igual que el derecho a denegar la admisión, debe ejercerse de conformidad con principios generalmente aceptados del derecho internacional, especialmente las normas internacionales de derechos humanos, tanto sustantivas como procesales, y los acuerdos internacionales, mundiales, regionales y bilaterales aplicables”. Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, pág. 89.

<sup>613</sup> Véase la parte VII.

<sup>614</sup> Véase la parte VIII.

<sup>615</sup> Véase la parte IX. “En la gran mayoría de los casos, si bien se admite el derecho general del Estado a expulsar extranjeros, los tribunales internacionales han destacado al mismo tiempo las limitaciones de ese derecho ya sea respecto de la expulsión misma o del procedimiento seguido para llevarla a cabo”. Hersch Lauterpacht (ed.), *The Function of Law in the International Community*, Oxford, Clarendon Press, 1933, pág. 289.

<sup>616</sup> “La expulsión es una medida drástica que, por su propia naturaleza, presupone una justificación sustancial”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 231.

la expulsión legítima de extranjeros fue reconocida anteriormente, en cierta medida, en virtud de las limitaciones generales a la expulsión de extranjeros relativas al abuso de derechos, la buena fe<sup>617</sup> y la arbitrariedad. A fin de describir esta condición necesaria para la expulsión legítima se podrían utilizar diferentes términos, como el motivo válido<sup>618</sup>, la justificación<sup>619</sup>, la causa<sup>620</sup>, la razón<sup>621</sup> o el propósito<sup>622</sup>. La Comisión podría estudiar cuál es el término más apropiado para describir esta exigencia. En el presente estudio se emplean los términos “motivo” o “razón”.

- <sup>617</sup> “La insistencia en la justificación o motivo fundado que tanto se repite en estos diferentes casos vuelve a poner de manifiesto la forma en que la facultad de expulsar puede verse limitada sustancialmente, en este caso, por el principio de buena fe. Se advertirán limitaciones más precisas como consecuencia de otros factores, en particular la impresión del concepto de ‘orden público’ (*ordre public*) y la influencia de las normas internacionales en materia de trato”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 232.
- <sup>618</sup> “Del examen de las prácticas diplomática y judicial, principalmente en el siglo pasado, se infieren cuatro grupos de limitaciones de este tipo. El primer grupo se compone de las causas de expulsión ...” Richard Plender, “The Ugandan Crisis and the Right of Expulsion under International Law”, *The Review: International Commission of Jurists*, No. 9, 1972, págs. 19 a 32, en especial pág. 24.
- <sup>619</sup> “En 1907, el Secretario de Estado de los Estados Unidos declaró que ‘El Gobierno de los Estados Unidos no cuestiona ni niega la existencia del derecho soberano a expulsar a un residente indeseable. Empero, no hay que olvidar que se trata de un derecho de suma importancia y que la justificación debe ser firme y convincente’”. Richard Pendler, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pag. 460 (en referencia a III *Digest* 690 de Hackworth (sin cursiva en el original)).
- <sup>620</sup> “Un Estado contrae responsabilidad internacional si expulsa a un extranjero sin causa ... [...] En *International Law*, 1970, vol. II, pág. 707, D. O’Connell, indica que no se ha insistido en la exigencia de que el Estado que expulsa pruebe sus motivos legítimos para proceder a la deportación y se tiende a permitir que los Estados sean competentes, en general, para ordenar la salida de los extranjeros, pero asumiendo una responsabilidad internacional respecto de la forma de expulsión. Se considera, no obstante, que la actual escasez de pruebas convincentes sobre esta cuestión sólo refleja el hecho de que los Estados rara vez expulsan a extranjeros sin alegar causa alguna”. *Ibid.*, págs. 459, 478 y 479, No. 20. “Los autores clásicos reconocían la facultad de expulsar a extranjeros pero con frecuencia afirmaban que esa facultad sólo podía ejercerse cuando hubiera causas para hacerlo. Grocio escribió acerca del derecho soberano a expulsar a los extranjeros que impugnan el orden político establecido del Estado que expulsa y se dedican a actividades sediciosas en dicho Estado. Pufendorf se hizo eco de esa opinión. En los ejemplos más antiguos de correspondencia diplomática se expresa el mismo principio con las mismas reservas”. *Ibid.*, pág. 461 (en referencia a H. Grotius, *De Jure ac Pacis, Libri Tres*, 1651, Libro II, cap. II, p. xvi; S. Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium, Libri Octo*, 1866, Libro III, cap. III, párr. 10). “Se ha sostenido que una expulsión sin causa ... puede muy bien dar lugar a indemnización”. Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, New York, The Banks Law Publishing Co., 1915, pág. 57.
- <sup>621</sup> “La regla parece ser que el Estado que procede a la expulsión, si lo exige el Estado de nacionalidad, debe exponer el motivo de la expulsión, que podría razonable y adecuadamente llevarle a la conclusión de que una acción de ese tipo se justifica por el interés público”. Richard Pendler, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pág. 461. “Para reducir al mínimo el ejercicio duro y arbitrario del poder, numerosos tratados entre los Estados prevén que los súbditos de las partes contratantes no serán expulsados si no es por razones de peso ...” Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, New York, The Banks Law Publishing Co., 1915, pág. 56.
- <sup>622</sup> “La expulsión o deportación de los no ciudadanos es también materia de competencia soberana, pero esa discreción debe ejercerse de buena fe y no con segundas intenciones ... En cada caso, el propósito es pertinente. Puede resultar difícil distinguir entre casos donde hay sin lugar a dudas propósitos ilegítimos y otros en que el daño a las personas es resultante de la práctica: pero la diferencia existe”. Guy S. Goodwin-Gill, véase la nota 433 *supra*, pág. 99.

300. La exigencia de un motivo válido para la expulsión de un extranjero puede considerarse un requisito sustantivo específico de la legitimidad de la expulsión<sup>623</sup>. Este requisito ha sido reconocido en una serie de laudos arbitrales, así como en la jurisprudencia nacional.

301. En el caso *Lacoste* se subrayó la necesidad de un motivo válido en una situación en que hubiera de por medio una invasión extranjera. Según la Comisión que emitió el laudo, no debería procederse a la expulsión “si no se ha demostrado la existencia de una causa suficiente”:

“Lacoste reclama además indemnización por daños y perjuicios resultantes de su detención, encarcelamiento, tratos severos y crueles, y expulsión del país. [...] Con respecto a la expulsión del país del reclamante, debe recordarse que, debido a la invasión francesa, se confirieron al Presidente de México potestades amplias y extraordinarias, y que, *aunque normalmente dichas potestades no deberían ejercerse para expulsar a extranjeros sin que se haya demostrado la existencia de causa suficiente*, el caso es diferente cuando el extranjero es compatriota por nacimiento de los invasores y oculta, como al parecer hizo el reclamante, el hecho de que había adoptado a los Estados Unidos como su país.”<sup>624</sup> (Sin cursiva en el original.)

302. En el caso *Paquet*, el árbitro destacó la necesidad de que haya un motivo válido, señalando que sólo puede recurrirse a la expulsión por razones relativas a la preservación del orden público o por “consideraciones de alta política”:

“[...] en general se reconoce el derecho a expulsar a extranjeros del territorio nacional o a prohibir su entrada al mismo; [...] cada Estado se reserva el ejercicio de este derecho con respecto a una persona extranjera si la considera peligrosa para el orden público, o por consideraciones de alta política, pero su aplicación *no puede invocarse salvo con ese fin*.”<sup>625</sup> (Sin cursiva en el original.)

303. En el caso *Boffolo* también se afirmó la exigencia de un motivo válido para la expulsión. El árbitro, al tiempo que reconocía la existencia de una “facultad general de expulsar a extranjeros, por lo menos cuando haya causas para hacerlo”<sup>626</sup>, indicó que “sólo debe recurrirse a la expulsión en casos extremos”<sup>627</sup>.

<sup>623</sup> “El Estado que procede a la expulsión no queda exento de responsabilidad cuando expone sus razones de forma precisa y con suficiente detalle, a menos que las razones expuestas lleven debidamente a la conclusión de que la expulsión estaba justificada”. Richard Pendler, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pag. 462. “Una declaración de motivos presentada voluntariamente por el Estado que lleva a cabo la deportación puede revelar que la deportación fue arbitraria y por ende ilegal, tal como sucedió, por ejemplo, cuando los asiáticos fueron expulsados de Uganda en 1972”. Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7ª ed. rev., Londres/Nueva York, Routledge, 1997, pág. 262.

<sup>624</sup> *Lacoste v. Mexico* (Comisión Mexicana), laudo de 4 de septiembre de 1875, 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.

<sup>625</sup> *Paquet Case (Expulsion)*, Comisión Mixta de Reclamaciones Bélgica-Venezuela, 1903, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IX, págs. 323 a 325, en especial pág. 325 (Filtz, Árbitro).

<sup>626</sup> *Boffolo Case*, Comisión Mixta de Reclamaciones Italia-Venezuela, 1903, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, págs. 528 a 538, en especial pág. 531.

<sup>627</sup> *Ibid.*, pág. 537.



304. La necesidad de una causa o justificación suficiente también se mencionaba en el laudo arbitral emitido en la cuestión de *Tacna-Arica*:

“Es imposible decir, a partir del expediente presentado, cuántas de estas expulsiones formales o informales se efectuaron con causa suficiente, pero cabe concluir que, aparte de los casos de conscripción, hubo otros casos en que no fue posible demostrar la suficiencia de la justificación.”<sup>628</sup>

305. La exigencia de que haya un motivo válido para la expulsión de un extranjero también ha sido reconocida en la jurisprudencia nacional<sup>629</sup>.

## 2. Margen de apreciación

306. El derecho del Estado a expulsar a extranjeros cuando existen motivos válidos para ello está reconocido en el ordenamiento jurídico interno de algunos Estados<sup>630</sup>. Por lo general, las autoridades nacionales competentes toman la determinación inicial sobre si existe o no un motivo válido para expulsar a un extranjero, de conformidad con la ley nacional pertinente del Estado de que se trate. Para ello habrá que determinar si la permanencia de un extranjero es contraria a los intereses del Estado territorial<sup>631</sup>.

307. Los Estados parecen disfrutar de un amplio margen de apreciación o discreción a la hora de tomar esa determinación. Se ha señalado que en cierta medida la aplicación de cualquier ley lleva aparejada un margen de discreción. Esto parecería ser particularmente cierto en los casos de expulsión, cuando las autoridades nacionales han de sopesar la permanencia de un extranjero en relación con los intereses del Estado territorial. Este elemento de discreción también está reconocido,

<sup>628</sup> *Cuestión de Tacna-Arica* (Chile/Perú), laudo de 4 de marzo de 1925, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. II, págs. 921 a 958, en especial págs. 942 y 943.

<sup>629</sup> Por ejemplo, en *Hearn v. Consejo de Gobierno* el Tribunal de Casación de Costa Rica señaló que la expulsión sin causa válida podría constituir un “acto inamistoso” entre Estados. *Hearn v. Consejo de Gobierno*, Tribunal de Casación de Costa Rica, 17 de septiembre de 1962, *International Law Reports*, vol. 32, E. Lauterpacht (ed.), págs. 257 a 260 (“Esta disposición [artículo 6 de la Convención de La Habana] fue sin duda aprobada por las Altas Partes Contratantes a fin de evitar un acto inamistoso, como el que se daría si los Estados expulsaran a una persona de su territorio tan sólo por su condición de extranjero”).

<sup>630</sup> “El ordenamiento jurídico interno acepta que, tanto en actuaciones civiles como penales, la deportación es una sanción grave que debe fundarse en serias razones ...” Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, págs. 308 y 309. “Aunque los Estados Unidos se distinguen por la precisión con que definen los motivos de expulsión de un extranjero y los recursos que pueden interponerse en ese proceso, pocos Estados prevén en su ordenamiento jurídico interno la facultad de deportar a extranjeros sin causa”. Richard Pendler, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pág. 467.

<sup>631</sup> “Por lo que respecta a los motivos de la expulsión y a la cuestión, distinta, de saber si la persona ha dado lugar a esos motivos, es el Estado que expulsa el que está en mejores condiciones de pronunciarse sobre esos asuntos, y de hecho es la única autoridad competente para hacerlo. Según la práctica, cada Estado debe determinar si la permanencia de extranjeros es deseable ... Sin embargo, no se trata de una libertad absoluta. Las reglas del derecho internacional tienen que ver con este asunto, y a veces imponen obligaciones específicas. Los Estados gozan de un margen de apreciación considerable, pero no ilimitado. El Estado que expulsa debe sopesar sus propios intereses con los de la persona. Por ende, está obligado a tomar en consideración los derechos adquiridos del extranjero o sus expectativas legítimas y a tomar una decisión que se ajuste razonablemente a los hechos”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 230 (se omiten las citas) (en referencia al caso *Ben Tillett*).

al menos implícitamente, en el derecho de los tratados<sup>632</sup>. La determinación de sus intereses por parte del Estado territorial con respecto a la presencia de un extranjero en su territorio no sería necesariamente inválida por el mero hecho de que el Estado de nacionalidad del extranjero no es de la misma opinión.

308. La discreción del Estado territorial en cuanto a la determinación de los motivos de expulsión de extranjeros no es, sin embargo, ilimitada<sup>633</sup>. Estados cuyos nacionales han sido expulsados han impugnado la legitimidad de las expulsiones en determinados casos basándose en la ausencia de motivos válidos. En algunos casos, los tribunales y las comisiones internacionales llegaron a la conclusión de que la expulsión de extranjeros era ilegítima por insuficiencia de motivos<sup>634</sup>. No obstante, se ha sugerido que un motivo que a primera vista es suficiente para descartar toda presunción de arbitrariedad no debería ser objeto de un nuevo examen (salvo en relación con obligaciones específicas derivadas de los tratados), en especial cuando atañe a los intereses de la seguridad nacional<sup>635</sup>.

<sup>632</sup> Así sucede con todas las disposiciones de tratados reproducidas en este documento, que se refieren a los motivos de expulsión.

<sup>633</sup> “Aunque el hecho de que el Estado que expulsa determine si hay motivo suficiente para expulsar de su territorio a una persona que se encuentra legítimamente en él no se disente, ahora puede afirmarse que la discreción del Estado al respecto no es ilimitada”. Richard Pendler, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pag. 460 (en referencia al caso *Ben Tillett*).

<sup>634</sup> “Los gobiernos de los súbditos expulsados y las comisiones internacionales han asumido libremente el derecho a pronunciarse respecto de la justificación de una expulsión y la suficiencia de las pruebas en apoyo de los cargos en que se basa la orden de expulsión, admitiéndose en la práctica, ya que no en la teoría, que una medida tan extrema como la expulsión sólo puede tomarse cuando se demuestre que la presencia de la persona es perjudicial para el bienestar del Estado”. Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, New York, The Banks Law Publishing Co., 1915, págs. 56 y 57 (se omiten las citas). “Se ha cuestionado la autoridad de algunos de los laudos más antiguos, pero se considera que los principios jurídicos en ellos consagrados siguen siendo válidos. Se ha observado que, cuando se exponen a un tribunal internacional motivos graves para la expulsión de un extranjero, normalmente el tribunal los considera concluyentes. En cambio, cuando las facultades de expulsión se emplean de forma inusitada o imprevista, como por ejemplo en el caso de la expulsión colectiva y aparentemente discriminatoria de miles de extranjeros afincados en el país, que es perjudicial para los intereses de los expulsados y de los Estados receptores, se considera que sigue siendo aplicable el principio enunciado en el caso *Boffolo* de que un tribunal internacional puede examinar la suficiencia de los motivos invocados para una expulsión”. Vishnu D. Sharma y F. Woodridge, nota 579 *supra*, págs. 407 y 408 (se omiten las citas).

<sup>635</sup> “Si se dan las razones, todo examen de ellas, así como de las pruebas que las sustentan, probablemente se limitará a establecer que a primera vista son suficientes para descartar toda presunción de arbitrariedad (salvo que se trate de determinar si se han cumplido las condiciones específicas del tratado); en especial en los casos en que se vean involucrados intereses de seguridad nacional, un examen metódico de los motivos por los que el Estado tomó la decisión sería inapropiado”. Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Paz (partes 2 a 4), 1996, págs. 943 y 944 y nota 16 (“En el caso *Hockbaum*, decidido en 1934 por el Tribunal Arbitral de la Alta Silesia, se sostuvo que cuando la expulsión se basa en motivos de seguridad pública, por regla general el Tribunal no revisa la decisión de las autoridades competentes del Estado: *Decisions of the Tribunal*, vol. 5, No. 1, pág. 20ff; AD, 7 (1933-34), No. 134; Z6V, 5 (1935), págs. 653 a 655. Véase también *Re Rizzo and Others* (No. 2), ILR, 22 (1955), págs. 500, 507; *Agee c. UK* (1976), *Decisions and Reports of the European Commission of Human Rights*, 7, pág. 164; *R c. Secretary of State for Home Affairs, ex parte Hosenball* [1977] 3 All ER 452”).

### 3. Obligación de indicar los motivos de la expulsión

309. Puede plantearse alguna cuestión sobre el carácter y el alcance de la obligación de un Estado de indicar los motivos de la expulsión de un extranjero<sup>636</sup>. La obligación de un Estado de justificar dicha expulsión puede derivarse de las limitaciones generales acerca de la expulsión de extranjeros, en particular la prohibición de los actos arbitrarios<sup>637</sup>. La omisión de indicar la causa o justificación de la expulsión de un extranjero se considera prueba de arbitrariedad<sup>638</sup>.

310. Por consiguiente, la obligación del Estado que expulsa de indicar el motivo de la expulsión de un extranjero parece haber surgido, al menos en un principio, en respuesta a una petición del Estado de nacionalidad o en el contexto de una actuación internacional iniciada después de la decisión de expulsión, más que como condición suspensiva<sup>639</sup>. En ocasiones se ha alegado que un Estado no tiene la obligación de comunicar las razones que motivaron su decisión de expulsar

<sup>636</sup> “Como en general se reconoce la libertad de los gobiernos en esta esfera, cabe dudar incluso de que un Estado tenga la obligación internacional de informar a los extranjeros afectados o a sus países de las razones de la expulsión. No obstante, algunos publicistas han confirmado la existencia de esa obligación y también se ha sostenido que una expulsión requiere una justificación especial. Por otra parte, en la práctica estatal no parece recogerse dicha obligación, por lo que la teoría y la práctica acusan una cierta contradicción al respecto”. Karl Doehring, “Aliens, Expulsion and Deportation”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, págs. 109 a 112, 1992, en especial pág. 110. “Se sostiene que la persona expulsada tiene derecho a saber la razón de su expulsión, y que esa razón debe comunicarse al gobierno del Estado al que pertenezca”. Amos S. Hershey, *The Essentials of International Public Law and Organization*, ed. rev., Nueva York, The MacMillan Company, 1927, págs. 374 y 375.

<sup>637</sup> “El Reino Unido reconoce que otros Estados tienen derecho, en general, a deportar a ciudadanos del Reino Unido sin indicar las razones. Por su parte, el Reino Unido ha señalado que no se debe ejercer indebidamente el derecho a la deportación actuando con arbitrariedad, lo que supone una restricción más bien ambigua de este derecho. De ordinario es difícil probar que una deportación es arbitraria si no se indican las razones que la motivaron, pero una declaración de motivos presentada voluntariamente por el Estado que lleva a cabo la deportación puede revelar que la deportación fue arbitraria y por ende ilegal, como sucedió, por ejemplo, cuando los asiáticos fueron expulsados de Uganda en 1972”. Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7ª ed. rev., Londres/Nueva York, Routledge, 1997, págs. 261 y 262 (en referencia a *British Practice in International Law*, 1964, pág. 210 y 1966, pág. 115).

<sup>638</sup> “Si bien el hecho de que un Estado no indique las razones de la expulsión puede no ser de por sí un incumplimiento de una obligación legal internacional, la negativa a indicar las causas puede llevar a la conclusión de que hubo arbitrariedad en la expulsión”. Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim's International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, págs. 943 y 944 (en referencia al caso *Boffolo*, Comisión Mixta de Reclamaciones Italia-Venezuela constituida en virtud de los Protocolos de 13 de febrero y 7 de mayo de 1903, *Venezuelan Arbitrations*, 1903, pág. 696, y al caso *Maal*, Comisión Mixta de Reclamaciones Países Bajos-Venezuela constituida en virtud de los Protocolos de 28 de febrero de 1903, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, pág. 730). “En el caso *Paquet* se sugirió incluso que la negativa a indicar las causas de la expulsión justificaría la conclusión de que el Estado que llevó a cabo la expulsión ejerció su facultad en forma arbitraria”. Richard Pender, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, págs. 461 y 462.

<sup>639</sup> “Un Estado que recurre la expulsión debe estar preparado para dar a conocer las razones de su decisión al Estado del cual es nacional el extranjero expulsado. Sin embargo, no parece que el primer Estado tenga la obligación de presentar pruebas que justifiquen su conducta como condición suspensiva de dicha acción”. Charles Cheney Hyde, *International Law: Chiefly as Interpreted and Applied in the United States*, vol. 1, 2ª ed. rev., Boston, Little Brown and Company, 1947, pág. 232 (se omiten las citas).

a un extranjero si el Estado del nacional expulsado<sup>640</sup> o un tribunal internacional<sup>641</sup> no le piden dicha información.

311. La obligación del Estado que expulsa de indicar los motivos de la expulsión de un extranjero se reconoció primero en relación con el Estado de nacionalidad<sup>642</sup> o

<sup>640</sup> “Puesto que la orden afecta a ciudadanos de otro Estado, ha pasado a ser práctica habitual que el gobierno que ejerce el derecho de expulsión deba, previa solicitud, presentar pruebas de que la acción se basó en un legítimo temor de que estaba en peligro el interés público, ya que, si bien en teoría el gobierno goza de un derecho y una facultad discrecional absolutos, una expulsión arbitraria sirve de base para una reclamación internacional”. Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, Nueva York, The Banks Law Publishing Co., 1951, pág. 51. “Un Estado tiene el derecho soberano a decidir por sí mismo si la permanencia en su territorio de un determinado extranjero es tan contraria al interés nacional que el país necesita que se vaya. Al mismo tiempo, no puede negarse que el Estado de origen de la persona expulsada, ‘por su derecho a proteger a sus ciudadanos en el extranjero’, tiene derecho a presentar reclamaciones diplomáticas al Estado que expulsa, y a preguntar las razones de la expulsión. Por lo tanto, aunque un Estado puede ejercer su derecho de expulsión según su discreción, no debe abusar de ese derecho procediendo de forma arbitraria”.

S.K. Agrawala, *International Law Indian Courts and Legislature*, Bombay, N.M. Tripathi Private Ltd., 1965, pág. 186 (se omite la cita). “La regla parece ser que el Estado que expulsa, si se lo pide el Estado de nacionalidad, debe indicar la razón de la expulsión, que podría razonable y adecuadamente llevarle a la conclusión de que una acción de ese tipo se justifica por el interés público”. Richard Pendler, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pág. 461. “El Estado de nacionalidad de un extranjero expulsado puede hacer valer el derecho a investigar las razones de su expulsión, así como la suficiencia de la prueba de los cargos en que se basa la expulsión”. Shigeru Oda, “Legal Status of Aliens”, en Sørensen, Max (dir.), *Manual of Public International Law*, Nueva York, St. Martin’s Press, 1968, págs. 481 a 495, en especial pág. 482.

<sup>641</sup> “Las pruebas aportadas por los autores clásicos y por la práctica estatal se ven reforzadas por las decisiones de los tribunales arbitrales. Debe reconocerse que dichas decisiones tienen que ver con la obligación del Estado que expulsa de indicar las razones de la expulsión a un tribunal internacional, y eso con la obligación de indicar dichas razones a las autoridades del Estado de nacionalidad. Las decisiones arbitrales son, por lo menos, acordes con la opinión de que el Estado que expulsa tiene la obligación de indicar las razones”. Richard Pendler, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, págs. 461 y 462 (en referencia al caso *Boffolo*). “Sin embargo, no queda claro en qué medida la exigencia de indicar razones explícitas se aplica en casos distintos a los sometidos a arbitraje. En 1964, tras un incidente causado por la expulsión de ciudadanos británicos de Tanzania, se expresó la opinión en el Parlamento de que en realidad no había obligación de indicar razones para una deportación, aunque las circunstancias del caso parecían evidentes. No debe confundirse la exigencia de indicar las razones precisas con la exigencia general de que la expulsión se base en un ‘motivo fundado’. Esto puede parecer sólo un detalle, pero sirve de base tanto para la obligación de no actuar de forma arbitraria como para el derecho a juzgar las razones de ‘orden público’ (*ordre public*) en función de criterios nacionales”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 232.

<sup>642</sup> “La necesidad de que el Estado que expulsa no actúe con arbitrariedad, especialmente en el caso de la expulsión de un extranjero que lleva un tiempo residiendo en el Estado que expulsa y encuentra allí sus medios de sustento, sirve de justificación para que el Estado de origen de la persona expulsada, en virtud de su derecho a proteger a sus nacionales en el extranjero, presente reclamaciones por vía diplomática al Estado que expulsa y pregunte cuáles son las razones de la expulsión”. Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, págs. 943 y 944 (se omiten las citas). “Por tanto, dice Goodwin-Gill, ‘no queda claro en qué medida la exigencia de indicar razones explícitas se aplica en casos distintos a los sometidos a arbitraje’ ... Al margen de las obligaciones específicas que se imponen en razón del compromiso (*compromis*), someter una controversia a arbitraje no altera en principio las obligaciones de los Estados por lo que respecta a la cuestión planteada. Por consiguiente, la obligación de indicar las razones al árbitro debe ir acompañada en principio de la obligación hacia el Estado de nacionalidad cuando éste trata de resolver la controversia por cauces diplomáticos”. Richard Pendler, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus

con un tribunal internacional<sup>643</sup>. El Estado que expulsa parece también tener la obligación de indicar al propio extranjero la razón por la cual se le expulsa<sup>644</sup>. Diríase que esta notificación es un elemento esencial de los requisitos de procedimiento para la expulsión legítima de un extranjero, que se examinan más abajo<sup>645</sup>.

312. La obligación del Estado que expulsa de indicar los motivos de la expulsión de un extranjero ha sido abordada en el derecho de los tratados, en la jurisprudencia internacional y en el marco de las organizaciones internacionales<sup>646</sup>.

313. Por lo que respecta al derecho de los tratados, la Convención de aplicación de los artículos 55 y 56 del Tratado por el que se establece la Unión Económica del Benelux, en su artículo 7, dispone lo siguiente:

“[...] la notificación de la orden de expulsión se enviará directamente, antes de su ejecución, a las autoridades competentes de la Parte Contratante de la cual sea nacional la persona de que se trate. En la notificación se indicarán los motivos de la expulsión.”<sup>647</sup>

314. Respecto a los laudos arbitrales, en el caso *Paquet* el árbitro hizo referencia a la necesidad de que el Estado que expulsa notifique las razones de la expulsión al

---

Nijhoff Publishers, 1988, págs. 461 y 462 (en referencia a Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 232).

<sup>643</sup> Según el árbitro del laudo ejemplar en el caso *Boffolo*, “El país que ejerce la facultad de expulsión deberá indicar, cuando las circunstancias lo exijan, la razón de dicha expulsión a un tribunal internacional, y en caso de que la razón sea irrelevante o no se presente razón alguna, habrá de ‘asumir las consecuencias’. El mismo principio se ha expresado en otros laudos [casos *Oliva*, *Paquet* y *Zerman*], directa o indirectamente, en forma de negativa a conceder una indemnización cuando la expulsión estaba claramente justificada, por ejemplo cuando el extranjero había participado en actividades subversivas [asunto *San Pedro*]”. Hersch Lauterpacht (ed.), *The Function of Law in the International Community*, Oxford, Clarendon Press, 1933, pág. 289 (se omiten las citas).

<sup>644</sup> “Sin embargo, de resultados de la expansión de las relaciones internacionales se ha observado una tendencia a limitar el ejercicio del derecho de expulsión, y, en virtud del derecho interno y de los tratados, numerosos Estados han limitado su libertad de acción ... conviniendo en notificar a la persona o a la legación de su país e indicar los motivos de la expulsión”. Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, New York, The Banks Law Publishing Co., 1915, pág. 50.

<sup>645</sup> Véase la parte VIII.B.8 b).

<sup>646</sup> “Para reducir al mínimo el ejercicio duro y arbitrario del poder, numerosos tratados entre los Estados prevén que los súbditos de las partes contratantes no serán expulsados si no es por razones de peso ... y que las razones de la expulsión se comunicarán a su Estado o legación, junto con las pruebas. Esta última disposición figura especialmente en los tratados entre los Estados europeos y los países de América Latina, que han recurrido con frecuencia a la expulsión. Aun en ausencia de tratado se ha sostenido que el gobierno del país del extranjero tiene derecho a saber los motivos en que se basa la expulsión y a obtener garantías en el sentido de que las razones son válidas y se sustentan en la evidencia”. Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, New York, The Banks Law Publishing Co., 1915, pág. 56 (se omiten las citas). “Sin embargo, la obligación de no expulsar y la obligación de indicar los motivos de la expulsión pueden derivarse de tratados internacionales (por ejemplo, el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, y el artículo 3 del Convenio Europeo de Establecimiento de 1955)”. Karl Doehring, “Aliens, Expulsion and Deportation”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, págs. 109 a 112, en especial págs. 110 y 111.

<sup>647</sup> Convención de aplicación de los artículos 55 y 56 del Tratado por el que se establece la Unión Económica del Benelux, Bruselas, 19 de septiembre de 1960, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 480, No. 5471, pág. 424, artículo 7.

Estado de nacionalidad del extranjero expulsado. El árbitro no expresó esa exigencia a modo de una obligación derivada de una norma específica del derecho internacional, pero se basó en la “práctica general entre los gobiernos” y, a raíz de la negativa del Estado que procedió a la expulsión a dar explicaciones al Estado de nacionalidad del extranjero, sacó la conclusión de que la expulsión era arbitraria:

“[...] por otro lado, la práctica general entre los gobiernos consiste en dar explicaciones al gobierno de la persona expulsada si éste las pide, y, cuando no se dan dichas explicaciones, como sucede en el caso que se está examinando, la expulsión puede considerarse un acto arbitrario de tal naturaleza que puede dar lugar a indemnización [...]”<sup>648</sup>

315. En el caso *Boffolo* se llegó a una conclusión similar. El árbitro, tras haber subrayado que “[...] la Comisión podrá investigar los motivos y circunstancias de la expulsión”<sup>649</sup>, observó que el Estado debe asumir las consecuencias de no haber presentado ninguna razón que justifique la expulsión, o haber presentado una razón irrelevante, cuando se lo había solicitado un tribunal internacional:

“[...] El país que ejerce esa facultad debe indicar, cuando las circunstancias lo exijan, la razón de dicha expulsión a un tribunal internacional, y en caso de que la razón sea irrelevante o no se presente razón alguna, habría de asumir las consecuencias.”<sup>650</sup>

316. El mismo criterio se siguió en el caso *Zerman c. México*. La Comisión concluyó que si el Estado que expulsa tenía motivos para expulsar al reclamante, estaba obligado a probar los cargos ante la Comisión:

“El árbitro opina que, en sentido estricto, el Presidente de la República de México tenía derecho a expulsar de su territorio a un extranjero que pudiera considerarse peligroso, y durante la guerra o disturbios puede ser necesario ejercer este derecho aunque sólo medien simples sospechas; sin embargo, en el caso presente no había guerra, y las razones de seguridad no podían alegarse como motivo para la expulsión del reclamante sin presentar cargos en su contra ni enjuiciarlo, pero, si el Gobierno mexicano tenía motivos para proceder a dicha expulsión, por lo menos tenía la obligación de probar los cargos ante la Comisión. Sin embargo, el árbitro no cree que la mera aseveración por la Comisión o por el cónsul de los Estados Unidos en un despacho a su Gobierno de que el reclamante estaba empleado por las autoridades imperialistas constituya prueba suficiente de que estuviera así empleado ni motivo suficiente para su expulsión.”<sup>651</sup>

<sup>648</sup> *Paquet Case (Expulsion)*, Comisión Mixta de Reclamaciones Bélgica-Venezuela, 1903, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IX, págs. 323 a 325, en especial pág. 325 (Filtz, Árbitro).

<sup>649</sup> *Boffolo Case*, Comisión Mixta de Reclamaciones Italia-Venezuela, 1903, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, págs. 528 a 538, en especial pág. 534 (Ralston, Árbitro).

<sup>650</sup> *Ibid.*, pág. 537, párr. 3 (Ralston, Árbitro). El Comisionado venezolano expresó una opinión diferente en el *Asunto Oliva*: “El Gobierno de Venezuela consideró indeseable al extranjero (Oliva) e hizo uso del derecho de expulsión, reconocido y establecido por las naciones en general, y en la forma prescrita por el derecho venezolano. Italia hace uso frecuente de este derecho. El suscrito no cree que Venezuela deba explicar las razones de la expulsión”. *Asunto Oliva*, Comisión Mixta de Reclamaciones Italia-Venezuela, 1903, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, págs. 600 a 609, en especial págs. 604 y 605.

<sup>651</sup> *J. N. Zerman c. México*, 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, pág. 3348.

317. En cuanto a las organizaciones internacionales, la Sociedad de las Naciones ya consideró la obligación de indicar el motivo de la expulsión. En 1924, los tres asesores jurídicos del Relator del Consejo de la Sociedad de las Naciones en lo referente a la legitimidad, en virtud del derecho internacional, de la decisión del Alto Comisionado de la Liga de Naciones, de fecha 1º de agosto, relativa a la expulsión de Polonia de ciudadanos de Danzig, emitieron el siguiente dictamen jurídico:

“Es un principio del derecho internacional que un Estado puede expulsar a un extranjero por considerarlo indeseable. Lo más que puede exigir la práctica internacional es que el Estado que decreta la expulsión informe, a petición del Estado al que pertenece la persona expulsada, de la naturaleza de los motivos relacionados con las actividades personales por las que fue expulsada la persona.”<sup>652</sup>

318. Esta cuestión también ha sido abordada por la Organización de los Estados Americanos. A este respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos subrayó la necesidad de una justificación adecuada de una expulsión, rechazando las “acusaciones poco precisas” como la de ser “un extranjero indeseable” o “haber violado las leyes del país”.

“En el presente caso, al sacerdote Carlos Stetter se le hizo la vaga acusación de ser ‘extranjero indeseable’, sin decir por qué y de ‘haber violado las leyes del país’ sin decir cuáles.”<sup>653</sup>

#### 4. Suficiente fundamentación del motivo

319. Parecería ser necesario que hubiera una fundamentación razonable o suficiente para llegar a la conclusión de que existe un motivo válido y no una mera sospecha, al menos en los que respecta a las expulsiones en tiempos de paz<sup>654</sup>. La legalidad de la expulsión de extranjeros se ha desestimado con éxito por falta de pruebas suficientes de la existencia de un motivo válido<sup>655</sup>.

<sup>652</sup> Resolución del Consejo e Informe del Sr. Quiñones de León: Ciudad Libre de Danzig: Expulsión de Polonia de Nacionales de Danzig, 13 de septiembre de 1924, Sociedad de las Naciones, *Official Journal*, vol. 5, pág. 1551, pág. 277.

<sup>653</sup> Resolución 30/81 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 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, doc. 9 rev. 1, 16 de octubre de 1981, Antecedentes: 1.

<sup>654</sup> Además, en dos decisiones anteriores los árbitros entendieron que el Estado que expulsa no podría, en tiempos de paz, considerar una mera sospecha como motivo para expulsar a un extranjero [caso *Zerman y Lorenzo Oliva*]. En el caso de las expulsiones de Sudáfrica en 1900, la Comisión establecida por el Gobierno británico determinó que la mera afirmación de que una persona era indeseable o que estaba involucrada en un complot eran “inútiles, sin razones y pruebas verificadas”. En el caso de *Loubriel* se consideró que eran demasiado vagos los argumentos de “motivos de orden interno”, “razones de gravedad” y “hechos bien conocidos por el Gobierno de Venezuela”. Richard Plender, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pag. 462 (se omiten las citas). “Si bien la expulsión basada en una mera sospecha podría ser admisible en tiempos de guerra o de otro tipo de alteraciones, esas circunstancias no existían en el presente caso y ‘las razones de seguridad’ no podrían considerarse motivo suficiente. Si el Gobierno de México hubiera tenido buenas razones para la expulsión, habría estado al menos obligado a demostrar las acusaciones ante la Comisión. La mera sospecha se desestimó de nuevo en el caso de *Lorenzo Oliva* en 1903”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 231 (se omite la cita).

<sup>655</sup> “Los Estados no han dudado en protestar cuando las presuntas razones no constituían prueba suficiente de que existiera una causa justa”. *Ibid.*, pág. 232. La cuestión de la carga de la prueba se ha examinado en la parte XI.B.

## 5. Validez de los motivos

320. Se plantea la cuestión de si la validez de los motivos para expulsar a un extranjero por parte de un Estado se dilucida con arreglo al derecho interno o al derecho internacional.

321. Como cuestión práctica, la autoridad nacional competente determinaría muy probablemente esta cuestión en primera instancia con arreglo a la legislación nacional pertinente. El derecho interno de los Estados puede recoger una lista parcial o completa de motivos de expulsión de extranjeros o simplemente exigir que haya un motivo válido para adoptar esa medida<sup>656</sup>. Se ha sugerido que todos los motivos válidos de expulsión son un mero reflejo de algún aspecto del interés público del Estado<sup>657</sup>.

322. Sería pertinente recurrir al derecho internacional para determinar la legalidad de los motivos de expulsión, al menos en la medida en que éste ofrezca una norma pertinente, bien sea en lo que respecta a determinados extranjeros (por ejemplo, refugiados) o a determinados motivos (por ejemplo, la prohibición de discriminación racial). Hay diferentes opiniones respecto a la viabilidad de elaborar una lista exhaustiva de motivos permisibles para la expulsión de extranjeros como cuestión de derecho internacional<sup>658</sup>.

323. En 1892, el Instituto de Derecho Internacional trató de enumerar los motivos válidos para la expulsión de extranjeros tras un intenso debate en el que se pusieron de manifiesto dos puntos de vista divergentes respecto de la relación entre la

<sup>656</sup> “En muchos países la competencia para expulsar o deportar a alguien se regula mediante ley en la que se especifican los motivos por los que puede ejercerse esa competencia ... Estas leyes normalmente aplican los principios internacionales en materia de derechos humanos generalmente aceptados. Así pues, normalmente se estipula que ninguna persona será expulsada o deportada del territorio de un Estado salvo que existan motivos razonables ...” Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, pág. 91 (indentación de párrafo omitida). “Si bien las razones de exclusión generalmente se estipulan por ley, en raras ocasiones los gobiernos tratan de enumerar los motivos de expulsión ... La enumeración de tales motivos es, no obstante, una excepción a la regla, ya que los Estados generalmente no se han mostrado partidarios de hacerlo puesto que obstaculizaría su libertad de actuación”. Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, New York, The Banks Law Publishing Co., 1915, págs. 49 y 50. “Se ha estimado que, en la legislación de los Estados Unidos, las dieciocho clases generales de extranjeros a los que puede deportarse conllevan unos 700 motivos diferentes para adoptar esta decisión”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 240 (se omite la cita).

<sup>657</sup> “Algunos escritores han tratado de enumerar las causas legítimas de expulsión, aunque sin éxito. Las razones pueden resumirse en una sola expresión: el interés público del Estado”; IV Moore *Digest* 68”. Per Richard Plender, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pág. 478, nota 15. “Es imposible enumerar las causas legítimas de expulsión. La justificación general para adoptar esa medida puede resumirse en la expresión ‘el interés público del Estado’”. ... Los motivos de expulsión a menudo son los mismos que justifican la exclusión, la indeseabilidad moral, social o económica”. Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*. New York, The Banks Law Publishing Co., 1915, pág. 51.

<sup>658</sup> “Si bien en este estudio se tiende a confirmar la posibilidad de elaborar una lista exhaustiva de los motivos por los que los Estados pueden expulsar a los extranjeros, muestra una congruencia suficiente de la práctica estatal que apoya la opinión de que la expulsión de un extranjero sin una causa justificada equivale a una infracción de la práctica internacional que justifica una protesta por parte del Estado de nacionalidad”. Richard Plender, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pág. 468 (se omiten las citas)



excepción y la regla<sup>659</sup>. Según una de las opiniones, los Estados tenían en general el derecho de expulsión con sujeción únicamente a determinadas limitaciones. Según otra, la expulsión de los extranjeros debería estar prohibida, salvo en casos determinados. Finalmente, el Instituto de Derecho Internacional se mostró partidario de incluir una lista de motivos válidos para la expulsión de extranjeros en las *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, en cuyo artículo 28 se incluyen los siguientes motivos para la expulsión de extranjeros: la violación de las leyes de inmigración; la amenaza a la salud pública; la dependencia de la asistencia pública; la condena por delitos graves; la agresión, en la prensa o por cualquier otro medio, a un Estado extranjero a sus instituciones; la agresión o el insulto al Estado anfitrión en la prensa extranjera; y la puesta en peligro de la seguridad del Estado en tiempos de guerra o cuando ésta sea inminente<sup>660</sup>.

324. De no existir una regla específica en el derecho internacional, los Estados pueden tener una discrecionalidad bastante amplia para determinar si existen motivos válidos para expulsar a un extranjero basándose en los intereses nacionales. A este respecto, la Relatora Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, la Baronesa Elles, dijo que, a diferencia de lo que ocurre con categorías específicas de extranjeros como los refugiados, que sólo pueden ser expulsados por motivos relacionados con la seguridad nacional y el orden público, esta restricción no es aplicable a los extranjeros en general.

“Los motivos razones por los que los refugiados pueden ser expulsados se limitan a la seguridad nacional o al orden público. Para los extranjeros en

<sup>659</sup> Véase Instituto de Derecho Internacional, nota 608 *supra*, págs. 184 a 226.

<sup>660</sup> *Règles internationales*, nota 56 *supra*, artículo 28 [original en francés]:

“Podrán ser expulsadas las siguientes personas:

1. Los extranjeros que hayan entrado en el territorio de manera fraudulenta, en violación de las disposiciones sobre admisión de extranjeros; no obstante, si no existiera ningún otro motivo de expulsión, una vez que hayan pasado seis meses en el país, no podrán ser expulsados;
2. Los extranjeros que hayan establecido su domicilio o residencia en un territorio en violación de una prohibición estricta;
3. Los extranjeros que, en el momento de cruzar la frontera, sufrieran una enfermedad que constituyera una amenaza para la salud pública;
4. Los extranjeros que se dediquen a la mendicidad o a vagar, o los que dependan de la asistencia pública;
5. Los extranjeros condenados por los tribunales del país por delitos graves;
6. Los extranjeros que hayan sido condenados o procesados en el extranjero por delitos graves que, con arreglo a la legislación del país o a los acuerdos de extradición celebrados por ese Estado con otros Estados, pudieran dar lugar a su extradición;
7. Los extranjeros culpables de incitar a la comisión de delitos graves contra la seguridad pública aunque dicha incitación no sea en sí misma punible con arreglo a la legislación del territorio y aunque existiera la intención de cometer dichos delitos únicamente en el extranjero;
8. Los extranjeros que, en el territorio del Estado, sean culpables o sospechosos con razones fundadas de atacar, mediante la prensa o cualquier otro medio, a un Estado extranjero o a la soberanía o las instituciones de un Estado extranjero, siempre que dichos actos, si se cometieran en el extranjero por nacionales y fueran dirigidos contra el propio Estado, sean punibles con arreglo a la ley del Estado que expulsa;
9. Los extranjeros que, durante su estancia en el territorio del Estado sean declarados culpables de agresiones o insultos publicados en la prensa extranjera contra el Estado, la nación o los órganos soberanos;
10. Los extranjeros que, en tiempos de guerra o cuando ésta sea inminente, pongan en peligro la seguridad del Estado con su comportamiento.”

general no existe dicha restricción de los motivos de expulsión, aunque se ha sugerido que las salvaguardias específicas que se incluyeron para la protección de los refugiados deberían ampliarse a todos los extranjeros que puedan ser expulsados.”<sup>661</sup>

## 6. Posibles motivos de expulsión

325. Los posibles motivos para expulsar a un extranjero se recogen en mayor detalle en la legislación nacional que en el derecho internacional; la legislación y la jurisprudencia de los Estados difieren respecto de los motivos de expulsión<sup>662</sup>. Los Estados pueden adoptar una política más liberal o más conservadora en relación con la presencia de extranjeros en su territorio. En particular, los Estados pueden adoptar un criterio más amplio o más restrictivo en cuanto a las razones admisibles para la expulsión. El hecho de que las legislaciones nacionales difieran al respecto, no quiere decir necesariamente que una de esas legislaciones sea inválida<sup>663</sup>. Los motivos de expulsión que se recogen en la legislación nacional pueden ser inválidos si entran en conflicto con el derecho internacional. Cabe establecer con mayor claridad normas de derecho nacional, así como de derecho internacional, en lo que se refiere a la validez de ciertos motivos para expulsar a los extranjeros en relación con otros<sup>664</sup>. Por tanto se examina de manera individual la validez de los posibles motivos de expulsión de extranjeros.

### a) Entrada ilegal

326. La violación de las leyes de inmigración del Estado al que se entra se ha reconocido como un motivo válido para expulsar a un extranjero, tanto en la práctica estatal como en la doctrina<sup>665</sup>.

<sup>661</sup> Disposiciones internacionales sobre la protección de los derechos humanos de los no ciudadanos, estudio preparado por la Baronesa Elles, Relatora Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, E/CN.4/Sub.2/393/Rev.1, 1980, párr. 287.

<sup>662</sup> “Los Estados difieren respecto de las causas que se consideran suficientes para justificar la expulsión de extranjeros. No existen en general pruebas aceptadas de dichas causas. Por tanto, en la práctica, el Estado que se considera agraviado tiene un amplio margen de actuación”. Charles 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. 234.

<sup>663</sup> “Los motivos de expulsión de un extranjero pueden ser determinados por cada Estado con arreglo a sus propios criterios. No obstante, no debe abusarse del derecho de expulsión”. Shigeru Oda, “Legal Status of Aliens”, en Sørensen, Max (dir.), *Manual of Public International Law*, New York, St. Martin’s Press, 1968, págs. 481 a 495, en especial pág. 482.

<sup>664</sup> “En cuanto a la expulsión en tiempos de paz, por otra parte, las opiniones y la práctica de los Estados divergen sustancialmente en lo que se refiere a lo que constituye una causa justa de expulsión. Si bien algunas causas (como la de participar en actividades de espionaje) se aceptan universalmente como razones que justifican la expulsión, otras son más discutibles; sin embargo, ningún Estado que expulsa a un extranjero admitirá que no tenga una causa justa para hacerlo. Es bastante difícil responder a esta pregunta en forma absoluta mediante el establecimiento de un conjunto de normas”. Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, pág. 941 y nota 5 (“El Instituto de Derecho Internacional en la reunión que celebró en Ginebra en 1892 adoptó un conjunto de 41 artículos sobre la admisión y expulsión de extranjeros, y en el artículo 28 de dichas normas se enumeraban nueve causas justas de expulsión en tiempos de paz ... Muchas de esas causas, como el haber sido condenado por un delito, por ejemplo, son ciertamente causas justas, pero otras son dudosas”) (se omite la cita).

<sup>665</sup> “La práctica estatal acepta que la expulsión está justificada: a) cuando se entra infringiendo la ley ...” Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 262. “La entrada de forma ilegal puede dar lugar a la

327. El Relator Especial sobre los derechos de los no ciudadanos, David Weissbrodt, al señalar que los extranjeros ilegales no deberían ser tratados como delincuentes, reconoció en términos generales el derecho de un Estado a exigir que estas personas salieran de su territorio:

“Los Estados disponen de atribuciones suficientes para aplicar sus políticas de inmigración y exigir la salida de quienes se hallen ilegalmente en el país. Sin embargo, esas facultades no son ilimitadas y no pueden ejercerse de manera arbitraria. Conforme a su derecho, el Estado puede exigir la salida de personas que permanezcan en su territorio más allá de lo que autoriza el correspondiente permiso. No debe tratarse como a delincuentes a los inmigrantes y solicitantes de asilo, ni siquiera a aquellos que se hallen ilegalmente en el país y cuyas pretensiones las autoridades no consideren válidas.”<sup>666</sup>

328. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha reconocido la presencia ilegal como motivo válido de expulsión.

“[...] El hecho de que Banda no fuera ciudadano de Zambia no justifica su deportación. *Debe demostrarse que su presencia en Zambia constituía una violación de la legislación.* En la medida en que no se informó a Banda ni a Chinula de las razones para adoptar medidas contra ellos se les denegó el derecho a recibir información (artículo 9 1) [de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos]<sup>667, 668</sup> [Sin cursiva en el original.]

La Comisión no quiere cuestionar ni está cuestionando el derecho de los Estados a adoptar medidas legales contra los inmigrantes ilegales y a deportarlos a sus países de origen cuando así lo decidan los tribunales competentes. No obstante, considera que es inaceptable deportar a las personas sin darles la posibilidad de defenderse ante el tribunal nacional competente, ya que ello es contrario al espíritu y la letra de la Carta y al derecho internacional.”<sup>669</sup>

329. Si bien las leyes de algunos Estados disponen que los extranjeros que hayan entrado en su territorio de manera ilegal podrán ser excluidos en lugar de expulsados en determinados casos<sup>670</sup>, la legislación nacional de otros Estados

---

expulsión del extranjero dado que la entrada no estaba justificada” Karl Doehring, “Aliens, Admission”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. I, 1992, págs. 107 a 109, en especial pág. 108. “Muy frecuentemente puede ordenarse la deportación de un extranjero ... por incumplimiento de la ley de inmigración”. Richard Plender, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, págs. 467 a 468 (se omite la cita). “El extranjero podrá ser expulsado o deportado en cualquier momento si se descubre posteriormente que entró en el país de forma ilegal, a menos que el extranjero pueda acogerse a una ley interna de limitación, amnistía o perdón”. Louis B. Sohn and T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders, Studies in Transnational Legal Policy*, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, pág. 90. Véanse también *Reglas internacionales*, nota 56 *supra*, artículo 28, párrs. 1 y 2.

<sup>666</sup> Los derechos de los no ciudadanos, nota 460 *supra*, párr. 29 (se omite la cita).

<sup>667</sup> Esta disposición establece: “Toda persona tendrá derecho a recibir información”.

<sup>668</sup> Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Comunicación. No. 212/98, *Amnesty International v. Zambia, Twelfth Annual Activity Report*, 1998-1999, párr. 33.

<sup>669</sup> Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, nota 386 *supra*, párr. 20.

<sup>670</sup> Véase *Seyoum Faisa Joseph v. U.S. Immigration & Naturalization Service*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Sección Cuarta, 20 de mayo de 1993, No. 92-1641 (“El Sr. Joseph llegó al país como polizón y por lo tanto entra dentro de la calificación de “excluable” con arreglo a lo dispuesto en la INA”).

reconoce la entrada ilegal como motivo válido para expulsar a un extranjero, como señalan algunos autores<sup>671</sup>. La entrada ilegal puede considerarse un motivo para expulsar a alguien que se encuentra en un país o es residente en éste sin haber recibido autorización previa, o que por alguna otra razón no sea susceptible de admisión<sup>672</sup>. La entrada ilegal de forma no intencionada de un extranjero, o la admisión accidental de alguien que entra ilegalmente en un Estado, puede o no dar lugar, con arreglo a la ley, a que el Estado dé legitimidad a la entrada<sup>673</sup>. Los polizones, estén definidos<sup>674</sup> o no lo estén<sup>675</sup> como una categoría especial de extranjeros en la legislación pertinente, podrán ser objeto de expulsión bien por su condición<sup>676</sup> o por los mismos motivos que los demás extranjeros.

330. Entre los motivos específicos de expulsión relacionados con la entrada ilegal se encuentran las situaciones en las que un extranjero: 1) entra o intenta entrar cuando las fronteras se hayan cerrado temporalmente para los extranjeros<sup>677</sup>, o para un grupo específico de extranjeros<sup>678</sup>, o a través de un lugar o en un momento en que no está autorizada la entrada<sup>679</sup>; 2) elude, obstruye o intenta eludir u obstruir los controles de inmigración o a las autoridades encargadas de estos controles<sup>680</sup>,

<sup>671</sup> “En la mayoría de las disposiciones que regulan la inmigración, el derecho de expulsión o deportación es una sanción en las disposiciones relativas a la exclusión, y numerosas exclusiones se basan en la acusación de estar presente en el territorio infringiendo la legislación de éste o las disposiciones relativas a la admisión de extranjeros”. Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, New York, The Banks Law Publishing Co., 1915, págs. 51 y 52. “Los ordenamientos jurídicos internos examinados recogen una uniformidad inapreciable en su determinación de los motivos de expulsión. En general, cualquier extranjero podrá ser deportado si entra dentro de las siguientes categorías: 1. Entrar infringiendo de la legislación de inmigración ...” Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 255.

<sup>672</sup> Véase, por ejemplo, China, Disposiciones de 2003, artículo 182; Nigeria, Ley de 1963, artículos 19 y 46; y Paraguay, Ley de 1996, artículo 38, Estados Unidos, INA, artículo 237 a) 1) A), H).

<sup>673</sup> En Nigeria, una entrada ilegal que fue permitida en una “supervisión” por parte de las autoridades permanentes puede seguir siendo ilegal y constituir un motivo de expulsión (Nigeria, Ley de 1963, artículo 19 2)). Los Estados Unidos permiten que se retire el visado a un “inmigrante preferente” cuando se considere que el extranjero sea tal (Estados Unidos, INA, artículo 206). En el Brasil, una entrada “irregular” puede considerarse “no intencionada”, y dar lugar a que el extranjero reciba una notificación de abandonar el territorio en un período inferior al que tendría si éste hubiese cometido determinadas infracciones (Brasil Decreto de 1981, artículo 98).

<sup>674</sup> Estados Unidos, INA, artículo 101 a) 49).

<sup>675</sup> Kenya, Ley de 1967, artículo 8; y Nigeria, Ley de 1963, artículo 28 1), Reglamento de 1963 (L.N. 93), artículos 1 2), 8 2).

<sup>676</sup> Kenya, Ley de 1967, artículo 8; y Estados Unidos, INA, artículos 212 a) 6) D), 235 a) 2).

<sup>677</sup> Kenya, Ley de 1973, artículo 3 1) a); y Suecia, Ley de 1989, capítulo 12, artículo 4.

<sup>678</sup> Australia, Ley de 1958, artículos 177, 189 y 190, 198, 230, 249 1) a) y 251; y Nigeria, Ley de 1963, artículo 25.

<sup>679</sup> Argentina, Ley de 2004, artículos 29 y 37; Australia, Ley de 1958, artículos 189 y 190; Chile, Decreto de 1975, artículos 3 y 69; República Checa, Ley de 1999, artículo 9 1); Guatemala, Decreto Ley de 1986, artículo 74; Japón, Orden de 1951, artículo 2; Nigeria, Ley de 1963, artículo 16; Paraguay, Ley de 1996, artículo 79 3); Túnez, Ley de 1968, artículo 4; y Estados Unidos, INA, artículos 212 a) 6) A), 271 b), 275 a) 1), b).

<sup>680</sup> Argentina, Ley de 2004, artículos 29 y 37; Australia, Ley de 1958, artículos 190, 230 a 231 y 233; Brasil, Ley de 1980, artículo 124 1); Chile, Decreto de 1975, artículo 69; Guatemala, Decreto Ley de 1986, artículo 74; Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículo 13 2) a), Ley No.40 de 1998, artículo 11 2); Japón, Orden de 1951, artículo 24 2); Nigeria, Ley de 1963, artículo 46; Paraguay, Ley de 1996, artículos 79 3), 81 1); Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 99; Estados Unidos, INA, artículo 275 a) 2). En función de dichas Leyes podrá

incluida una inspección de entrada<sup>681</sup>, o el pago de una tasa obligatoria<sup>682</sup>; 3) carece de los documentos necesarios<sup>683</sup>, o presenta documentos que estén dañados o sean inutilizables<sup>684</sup>; 4) presenta documentos falsos o equívocos o cualquier otro tipo de información de estas características<sup>685</sup>; 5) no obtiene, por cualquier razón, tras cruzar la frontera, los documentos de entrada necesarios, no corrige una infracción o no regulariza su condición de extranjero<sup>686</sup>; 6) infringe las condiciones

determinarse que las personas son polizones (Australia, Ley de 1958, artículos 230 a 231 y 233). A fin de identificar y excluir a dichos polizones, los Estados podrán exigir a los barcos que atraquen que presenten los manifiestos de carga a las autoridades pertinentes (Australia, Ley de 1958, artículo 231; y Nigeria, Reglamento de 1963 (L.N. 93) artículo 8 2)), o permitir el registro del barco por las autoridades competentes (República de Corea, Ley de 1992, artículos 69 a 71).

<sup>681</sup> República de Corea, Ley de 1992, artículo 46 3); Nigeria, Ley de 1963, artículo 16; Reino Unido, Ley de 1971, artículo 8 1) c); y Estados Unidos, INA, artículo 275 a) 2).

<sup>682</sup> Polonia, Ley No. 1775 de 2003, artículo 21 1) 1).

<sup>683</sup> En este sentido el extranjero puede no estar en posesión de parte o la totalidad de la documentación necesaria, o no presentarla o no cumplir los requisitos para disponer de ella, incluidos pasaportes o visados, o bien no facilitar parte o la totalidad de la información requerida (Australia, Ley de 1958, artículos 177, 190, 229, 233A; Belarús, Decisión del Consejo de 1999, artículo 2, Ley de 1993, artículo 20 4); Brasil, Ley de 1980, artículos 124 VI), 127; Chile, Decreto de 1975, artículos 15 7), 65 1); República Checa, Ley de 1999, artículo 9 1); Francia, Código, artículo L511-1 1); Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículo 10, Ley No. 40 de 1998, artículo 5; Japón, Orden de 1951, artículo 24 1)-2); Kenya, Ley de 1967, artículos 4 2), 7; Nigeria, Ley de 1963, artículos 18, 46 3) b); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículos 58, 60; Paraguay, Ley de 1996, artículo 79 1); Polonia, Ley No. 1775 de 2003, artículos 21 1); Túnez, Ley de 1968, artículo 5; y Estados Unidos, INA, artículos 212 a) 7), 275 a). La entrada del extranjero también puede ser ilegal por disponer éste de un visado o cualquier otro documento necesario que haya sido cancelado o sea susceptible de serlo antes de su entrada, aún cuando la entrada se produzca durante una estancia que, por lo demás, sea legal (Australia, Ley de 1958, artículos 229, 232, 252; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 47 1) d), 3); Chile, Decreto de 1975, artículo 65; República Checa, Ley de 1999, artículo 9 1); Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 13 4); y Suecia, Ley de 1989, capítulo 2 artículos 9 y 10), o en el supuesto de que el visado del extranjero tenga una duración insuficiente para cubrir la totalidad de la estancia prevista de éste (República Checa, Ley de 1999, artículo 9 2) a 3)).

<sup>684</sup> Dichos documentos pueden ser ilegibles, estar dañados o incompletos por cualquier otro motivo, o tratarse de documentos a los que el Estado no haya añadido las autorizaciones o marcas necesarios (Bulgaria, Ley de 1998, artículo 3; República Checa, Ley de 1999, artículo 9 1) a 3)).

<sup>685</sup> Argentina, Ley de 2004, artículos 29 a), 35; Australia, Ley de 1958, artículos 233A, 234, 236; Belarús, Ley de 1993, artículo 20 4); Brasil, Ley de 1980, artículos 64, 124 XIII), 127; Bulgaria, Ley de 1998, artículo 3; Canadá, Ley de 2001, artículo 40 1) a)-b); Chile, Decreto de 1975, artículos 63 3), 65 1)-2), 68; China, Ley de 1986, artículos 29 y 30; República Checa, Ley de 1999, artículo 9 1); Guatemala, Reglamento de 1999, artículo 97, Decreto Ley de 1986, artículo 73; Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículos 4, 8, 10; Japón, Orden de 1951, artículos 22-4 1)-4), 24 3); Kenya, Ley de 1967, artículo 7; República de Corea, Ley de 1992, artículos 46 1-2), 89 1) 2); Nigeria, Ley de 1963, artículo 46 3) a); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 61; Paraguay, Ley de 1996, artículos 38, 79 1), 81 2), 108 1), 110 a 111; Polonia, Ley No. 1775 de 2003, artículo 21 4); Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 13 4); Federación de Rusia, Ley No. 115-FZ de 2002, artículos 7 4), 9 4), 18 9) 4), Ley de 1996, artículo 26 5); Suecia, Ley de 1989, capítulo 2, artículos 9 y 10, capítulo 7, artículo 18; Reino Unido, Ley de 1971, artículos 24A 1) a), 33 1) (modificada por la Ley de asilo e inmigración de 1996); y Estados Unidos, INA, artículos 212 a) 6) C), 275 a) 3). Sobre esta base podrá determinarse expresamente que los extranjeros son polizones (Japón, Orden de 1951, artículo 74).

<sup>686</sup> Australia, Ley de 1958, artículos 181 2)-3), 182, 198; Ecuador, Ley de 2004, capítulo 7 (Disposiciones transitorias); Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículo 13 2) b); Federación de Rusia, Ley de 1996, artículo 26 1); y Estados Unidos, INA, artículo 206.

de su presencia transitoria en el territorio del Estado en calidad de extranjero<sup>687</sup>; o 7) se considera persona indeseable<sup>688</sup> o inadecuada por cualquier otro motivo para entrar en el territorio del Estado por su estilo de vida o sus presuntas características personales<sup>689</sup>; o por haber infringido el extranjero en el pasado las condiciones de entrada o permanencia en dicho Estado<sup>690</sup>.

331. La expulsión de un extranjero por este motivo puede verse afectada por: 1) la ruta de llegada del extranjero<sup>691</sup>; 2) consideraciones internacionales como la existencia de un acuerdo especial entre el Estado de nacionalidad del extranjero y el Estado al que éste entró<sup>692</sup>, cualquier acuerdo o convención internacional pertinente<sup>693</sup>, o por la solicitud o el requerimiento de un órgano internacional<sup>694</sup>; 3) consideraciones intertemporales como el momento de entrada del extranjero en relación con la entrada en vigor de la legislación pertinente<sup>695</sup>, o la ley correspondiente en vigor en el momento de entrada del extranjero<sup>696</sup>; o 4) el tiempo transcurrido desde la entrada del extranjero en el territorio del Estado<sup>697</sup>.

<sup>687</sup> Belarús, Ley de 1998, artículo 26; Brasil, Ley de 1980, artículos 56 1), 124 IX), 127; Chile, Decreto de 1975, artículo 85; China, Ley de 1986, artículos 29 y 30; Irán, Ley de 1931, artículo 11 b); Japón, Orden de 1951, artículos 16 6)-7), 24 4)-6), 6A); República de Corea, Ley de 1992, artículo 89 1); Nigeria, Ley de 1963, artículos 11, 27; Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 61; Federación de Rusia, Ley de 1996, artículo 25.10, Código Administrativo, capítulo 18, artículo 18.8; Suecia, Ley de 1989, capítulo 9, artículo 3; y Estados Unidos, INA, artículos 237 a), 252. Sobre esta base podrá determinarse que un extranjero es polizón o persona vinculada a un polizón (Nigeria, Ley de 1963, artículo 28).

<sup>688</sup> Australia, Ley de 1958, artículo 5, 16; Belarús, Ley de 1993, artículo 20 6); Brasil, Ley de 1980, artículo 61; República Checa, Ley de 1999, artículo 9 1); Kenya, Ley de 1967, artículo 3 1) f); Paraguay, Ley de 1996, artículo 79 5); Polonia, Ley No. 1775 de 2003, artículo 21 1) 2); Federación de Rusia, Ley de 1996, artículo 25.10; y Suiza, Ley Federal de 1931, artículo 13 1). Nigeria permite que los ministros competentes denieguen la entrada a cualquier extranjero o tipo de extranjero en los casos en que esos ministros consideren oportuna dicha denegación en interés del bien público (Nigeria, Ley de 1963, artículo 18 2)).

<sup>689</sup> En relación con este punto, el extranjero podría practicar la poligamia (Francia, Código, artículo L521-2 1); Estados Unidos, INA, artículo 212 a) 10) A)), o considerarse por cualquiera otra razón que no cumple los requisitos para establecerse en el país u obtener la ciudadanía (Argentina, Ley de 2004, artículo 29 j); y Estados Unidos, INA, artículo 212 a) 8)).

<sup>690</sup> Por ejemplo, el extranjero podría haber incumplido en una estancia anterior los requisitos establecidos por el Estado expulsor para salir del país (Federación de Rusia, Ley de 1996, artículo 26 5)-6), o de manera más general las leyes u obligaciones establecidas para los extranjeros (Belarús, Ley de 1993, artículo 20 3); y República Checa, Ley de 1999, artículo 9 1)).

<sup>691</sup> Nigeria, Ley de 1963, artículos 16 y 25.

<sup>692</sup> República Checa, Ley de 1999, artículo 9; e Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículo 4. Este puede ser el caso, por ejemplo, del acuerdo de Schengen (Código de Francia, artículo L621-2; y Portugal, Decreto Ley de 1998, artículos 13 4), 25 1), 120, 126 3)), o bien en el caso de la Commonwealth (Nigeria, Ley de 1963, artículos 10 1), 18 4)), de la Unión Europea (Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículo 5 12), Ley No. 40 de 1998, artículo 5 7)) o el de la Organización Internacional de las Migraciones (Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 126A 1)).

<sup>693</sup> República Checa, Ley de 1999, artículo 9 1) a) 3); Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículo 5 11), Ley No. 40 de 1998, artículo 5 6); España, Ley de 2000, artículo 26 1); y Suecia, Ley de 1989, capítulo 4 artículo 2 5).

<sup>694</sup> Reino Unido, Ley de 1971, artículo 8B 5), (modificada por la Ley de inmigración y asilo de 1999).

<sup>695</sup> Australia, Ley de 1958, artículo 251 6) c); Ecuador, Ley de 2004, capítulo 7 (Disposiciones transitorias); Francia, código, artículo L541-4; e Italia, Ley No. 40 de 1998, artículo 11 15).

<sup>696</sup> Australia, Ley de 1958, artículo 14 2); Kenya, Ley de 1967, artículo 3 1) i); y Estados Unidos, INA, artículo 237 a) 1) A).

<sup>697</sup> Suecia, Ley de 1989, capítulo 4, artículo 2.

332. La legislación nacional pertinente puede permitir de manera expresa la aplicación de sanciones penales además de la expulsión en caso de que existan motivos para determinar la entrada ilegal<sup>698</sup>. Asimismo puede especificar que la expulsión tendrá lugar una vez cumplida la condena impuesta<sup>699</sup>. Los Estados podrán aplicar a los familiares a cargo del extranjero los motivos de expulsión que se apliquen a éste en relación con la entrada ilegal<sup>700</sup>.

333. En algunos países, la práctica establecida, como ponen de manifiesto las decisiones de tribunales nacionales, apoya también la validez de la expulsión por motivos de entrada o presencia ilegal<sup>701</sup>. No obstante, en los casos en que una persona ha mantenido su residencia en un Estado por un período largo, algunos tribunales han determinado que la mera presencia ilegal no es suficiente para sustanciar una decisión de expulsión<sup>702</sup>.

#### b) Incumplimiento de las condiciones de admisión

334. Un extranjero podrá ser admitido legalmente en el territorio de un Estado de conformidad con la legislación en materia de inmigración de éste con sujeción a determinadas condiciones relativas a la admisión o la presencia continuada del extranjero en el Estado. El extranjero que se encuentre en un Estado podrá adquirir la condición de extranjero ilegal si incumple estas condiciones. El incumplimiento de las condiciones de admisión o de continuación de la presencia de un extranjero se ha reconocido como motivo válido de expulsión en la práctica estatal<sup>703</sup>.

335. La legislación nacional de una serie de Estados dispone la expulsión de los extranjeros que hayan infringido las condiciones de admisión, como las relativas a la duración de la estancia, la finalidad de ésta y las actividades permisibles durante la estancia en el territorio de ese Estado<sup>704</sup>. El incumplimiento de las condiciones de

<sup>698</sup> Chile, Decreto de 1975, artículos 68 y 69; China, Ley de 1986, artículo 29; Paraguay, Ley de 1996, artículo 108 1); Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 99 2); y Reino Unido, Ley de 1971, artículo 24 1) a).

<sup>699</sup> Chile, Decreto de 1975, artículo 69; y Guatemala, Decreto Ley de 1986, artículo 74.

<sup>700</sup> Canadá, Ley de 2001, artículo 42 a) y b).

<sup>701</sup> Véase, por ejemplo, *United States ex rel. Tom Man v. Murff, District Director, INS*, Tribunal de Apelaciones, Sección Segunda, 264 F.2d 926, 3 de marzo de 1959, *Khan v. Principle Immigration Officer*, Tribunal Supremo de Sudáfrica, Sala de Apelaciones, 10 de diciembre de 1951.

<sup>702</sup> Véase, por ejemplo, *In re Rojas et al.*, Corte Suprema de Costa Rica, 26 de julio de 1938; *Homeless Alien (Germany) Case*, República Federal de Alemania, Tribunal Federal Administrativo Supremo, 30 de septiembre de 1958, *International Law Reports*, vol. 26, 1258.II, E. Lauterprecht (ed.), págs. 393 a 395; Re Sosa Corte Suprema de la Argentina, 23 de marzo de 1956; Re Leiva, Cámara Nacional de Apelaciones de Resistencia, Argentina, 20 de diciembre de 1957.

<sup>703</sup> “La facultad de expulsar o deportar podrá ejercerse cuando el comportamiento o las actividades del extranjero tras haber sido admitido en un Estado infrinjan determinadas normas básicas. Entre estos comportamientos o actividades cabe mencionar: 1. La residencia o permanencia en el territorio en infracción de las condiciones de entrada ...” Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, págs. 90 y 91. “La práctica estatal acepta que la expulsión está justificada ... b) por incumplimiento de las condiciones de admisión ...” Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 262.

<sup>704</sup> “Los ordenamientos jurídicos nacionales examinados recogen una uniformidad quizás poco notable a la hora de determinar los motivos de expulsión. En general, el extranjero podrá ser susceptible de deportación si se ajusta a uno o varios de los supuestos siguientes: incumplimiento de las condiciones de entrada; por ejemplo, trabajar sin permiso de trabajo”.

admisión como motivo de expulsión puede referirse de manera general a la residencia o presencia ilegal<sup>705</sup>, la falta de motivos que justifiquen la estancia del extranjero<sup>706</sup>, la condición de indeseable del extranjero<sup>707</sup>, la infracción de cualquier aspecto de la legislación pertinente<sup>708</sup>, o el incumplimiento de alguna de las condiciones de estancia o residencia<sup>709</sup>. Ejemplos más concretos incluyen el incumplimiento por parte del extranjero de la obligación de salir del país tras el vencimiento del permiso o del período de estancia autorizado<sup>710</sup>, el carácter defectuoso del permiso<sup>711</sup>, la revocación del permiso o su denegación cuando no afecta a la condición de ciudadano protegido<sup>712</sup>, el hecho de que el extranjero no solicite, o cumpla los requisitos para obtener el permiso necesario o disponga

Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 255. Véase también parte VII.A.6 i).

<sup>705</sup> China, Ley de 1986, artículos 27 y 29 a 30, Reglas de 1986, artículo 42; Croacia, Ley de 2003, artículo 56; Kenya, Ley de 1967, artículo 4 2); Lituania, Ley de 2004, artículo 126 1) y 2); y Portugal, Decreto ley de 1998, artículo 99 1) a).

<sup>706</sup> Austria, Ley de 2005, artículo 3.54 1) 2); Bulgaria, Ley de 1998, artículo 61 1) 4); y España, Ley de 2000, artículo 28 3) c).

<sup>707</sup> Australia, Ley de 1958, artículos 5 y 16; y Federación de Rusia, Ley de 1996, artículo 25.10.

<sup>708</sup> Argentina, Ley de 2004, artículos 29 k) y 62 a); Belarús, Ley de 1993, artículos 24, y 25 3) y 4); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 27 1) a) y 47 1) a); Canadá, Ley de 2001, artículo 41 a); Chile, Decreto de 1975, artículos 64 5) y 6) y 66; Grecia, Ley de 2001, artículo 44 1) b); Irán, Ley de 1931, artículo 11 a); Kenya, Ley de 1967, artículo 3 l) j); República de Corea, Ley de 1992, artículo 89 1) 5); Nigeria, Ley de 1963, artículo 46 1) b); Noruega, Ley de 1988, artículo 29 a); Paraguay, Ley de 1996, artículos 34 6) y 37; Federación de Rusia, Ley No. 115-SZ de 2002, artículos 7 7), 9 7), 19 9) y 7), Ley de 1996, artículo 26 4); España, Ley de 2000, artículo 53 e); Suiza, Ley federal de 1931, artículo 13 1); y Estados Unidos, INA, artículo 237 a) 1) B). Paraguay también permite la expulsión por motivos establecidos en la legislación especial (Paraguay, Ley de 1996, artículo 81 6)).

<sup>709</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 62 d); Brasil, Ley de 1980, artículos 124 (XVI), y 127; Bulgaria, Ley de 1998, artículo 61 1) 4); Chile, Decreto de 1975, artículo 64 8), 66; República de Corea, Ley de 1992, artículos 46 1) 7) a 8), 68 1) 3), 89 1) 3); y Suiza, Ley Federal de 1931, artículo 13 1).

<sup>710</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 57 1) a); Brasil, Ley de 1980, artículos 124 II), 127; Chile, Decreto de 1975, artículo 71; Finlandia, Ley de 2004, artículo 143 3); Francia, Código, artículos L511-1 2), L621-1; Guatemala, Decreto Ley de 1986, artículo 76; Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículo 13 2) e); Japón, Orden de 1951, artículo 24 2)-3 4) b), 7); Madagascar, Decreto de 1994, artículo 18, Ley de 1962, artículo 12; Nigeria, Ley de 1963, artículo 19 1), 4); Paraguay, Ley de 1996, artículo 81 3); Federación de Rusia, Ley de 1996, artículo 25.10, Código Administrativo, cap. 18, artículo 18.8; España, Ley de 2000, artículo 53 a), 57 1); Suecia, Ley de 1989, cap. 4, párr. 3; y Estados Unidos, INA, artículo 212 a) 9) B)-C).

<sup>711</sup> Ello puede incluir: 1) el término de las circunstancias o motivos que justificaron la decisión previa de conceder el permiso (Argentina, Ley de 2004, artículo 62 c); Australia, Ley de 1958, artículo 198 1A), 198B; Belarús, Ley de 1993, artículo 24; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 27 1) e), 47 1) e); Italia, Ley de 2005, artículo 2; República de Corea, Ley de 1992, artículo 89 1) 4); Federación de Rusia, Ley No. 115-SZ de 2002, artículo 2; y Suecia, Ley de 1989, cap. 8, artículo 16; o 2) el descubrimiento de motivos que, de haberse conocido previamente, hubieran impedido la concesión del permiso (Austria, Ley de 2005, artículo 3.54 1) 1)).

<sup>712</sup> Belarús, Decisión del Consejo de 1999, artículo 2, Ley de 1998, artículo 28; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 47 l) h), 57 1) b); Brasil, Ley de 1980, artículos 124 X), a 127; China, Disposiciones de 1992, artículo I iii); Finlandia Ley de 2004, artículo 168 1); Francia, Código, artículo L511-3), 6); Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículo 5 10) a 11), 8, 13 2) c), Ley No. 40 de 1998, artículo 5 5)-6), 11 2) b); Japón, Orden de 1951, artículo 24 2)-2); República de Corea, Ley de 1992, artículo 68 1) 3); Paraguay, Ley de 1996, artículo 81 4); Federación de Rusia, Ley No. 115-SZ de 2002, artículos 2, 31 1)-2); Suecia, Ley de 1989, cap. 4, artículo 3, Suiza, Ley Federal de 1931, artículo 12 3); y Estados Unidos, INA, artículo 237 a) 1) B).



de él<sup>713</sup>, la existencia de obstáculos para que el extranjero se establezca en el Estado<sup>714</sup> el hecho de que el matrimonio del extranjero no sea suficiente para determinar el derecho a permanecer<sup>715</sup>, o la presentación de documentos e información falsos o equívocos por cualquier otra razón con cualquier fin dirigido a la permanencia que no conlleve el matrimonio<sup>716</sup>.

336. También puede haber motivos relacionados con el incumplimiento de las condiciones de admisión cuando el extranjero no se ajuste a los requisitos o expectativas de integración o asimilación<sup>717</sup>, exista una restricción relativa a la residencia o al lugar de la estancia<sup>718</sup>, o una obligación o previsión establecida para todos los extranjeros o para ese extranjero en particular o en su calidad de miembro de un grupo<sup>719</sup>, como la de inscribirse o notificar a las autoridades cuando así se requiera, como en el caso de pérdida de los documentos pertinentes o cuando el extranjero cambie de residencia, domicilio o nacionalidad<sup>720</sup>, la de presentar pruebas de identificación o de la autorización de su presencia en el territorio del

<sup>713</sup> Chile, Decreto de 1975, artículos 31, 72; Croacia, Ley de 2003, artículo 52; Finlandia, Ley de 2004, artículos 149 1) 1), 168 2); Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículos 13 2) b), 14 5ter)-5quinques), Ley No. 40 de 1998, artículos 5 7), 11 2) b); Nigeria, Ley de 1963, artículo 10 5); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 58; Polonia, Ley No. 1775 de 2003, artículo 88 1) 1); Federación de Rusia, Ley de 1996, artículos 25.10, 27 4), Código Administrativo, cap. 18, artículos 18.8; España, Ley de 2000, artículos 53 a), g), 57 1); y Estados Unidos, INA artículos 206, 246. Un Estado podrá, no obstante, imponer sanciones sin incluir expresamente la expulsión por dichas infracciones (Paraguay, Ley de 1996, artículo 112 1); Federación de Rusia Código Administrativo, cap. 18, artículos 18.8; y España, Ley de 2000, artículos 53, 57).

<sup>714</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 29 j).

<sup>715</sup> Ello puede conllevar: 1) la invalidez, el carácter fraudulento o cualquier otro defecto del matrimonio sobre la base del cual se hubiera concedido el permiso (Belarús, Ley de 1998, artículo 15; Hungría, Ley de 2001, artículo 32 2) h); Federación de Rusia, Ley No. 115-FZ de 2002, artículos 7 12), 9 12); y Estados Unidos, INA, artículos 216 b), 237 a) 1) G), 275 c)); o 2) la incapacidad general del matrimonio para afectar a la condición del extranjero (Madagascar, Decreto de 1994, artículo 18).

<sup>716</sup> Argentina, Ley de 2004, artículos 29 a), 62 a); Belarús, Ley de 1998, artículos 14-15; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 27 1) f), 47 1) f); Brasil, Ley de 1980, artículos 64 a), 124 (XIII), 127; Chile, Decreto de 1975, 64 2), 66; China, Ley de 1986, artículos 29 y 30, Reglamento de 1986, artículo 47; Nigeria, Ley de 1963, artículo 46 3) a), c); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 61; Paraguay, Ley de 1996, artículos 81 2), 108 1), 110-11; Federación de Rusia, Ley No. 115-FZ de 2002, artículos 7 4), 9 4), 18 9) 4); España, Ley de 2000, artículos 53 c), 57 1); Suecia, Ley de 1989, capítulo 2, artículos 9 y 10; Suiza, Ley Federal de 1931, artículo 9 2) a), 4) a); Reino Unido, Ley de 1971, artículo 24A 1) a); y Estados Unidos, INA, artículos 101 a) 50) f) 6); 212 a) 6) C), 237 a) 3), 246 a) y b), 266 c).

<sup>717</sup> Austria, Ley de 2005, artículo 3.54 3)-4); Japón, Orden de 1951, artículo 22-4 5); y Suiza, Reglamento de 1949, artículo 16 2), Ley Federal de 1931, artículo 10 1) b).

<sup>718</sup> República de Corea, Ley de 1992, artículo 46 1) 8); Paraguay, Ley de 1996, artículo 34 2); y Suiza, Ley Federal de 1931, artículo 13e. No obstante, podrán imponerse sanciones por dichas infracciones que no incluyan expresamente la expulsión (Francia, Código, artículo L624-4; y Hungría, Ley de 2001, artículo 46 1) d)).

<sup>719</sup> Brasil, Decreto de 1981, artículo 104, Ley de 1980, artículos 64 d), 70; Chile, Decreto de 1975, artículos 63 4), 64 5)-6), 65 2), y 66; Honduras, Ley de 2003, artículo 89 2); Nigeria, Ley de 1963, artículos 11 3), 19 4), 24 2), y 27 3); Paraguay, Ley de 1996, artículo 34 1)-2); Federación de Rusia, Código Administrativo, capítulo 18, artículo 18.8; y Estados Unidos, INA, artículos 212 a) 6) G), 237 a) 1) C).

<sup>720</sup> Brasil, Ley de 1980, artículos 124 III), IV), y 127; Chile, Decreto de 1975, artículo 72; República de Corea, Ley de 1992, artículo 46 1) 7) y 10); Federación de Rusia, Ley de 1996, artículo 25.10, Código Administrativo, capítulo 18, artículo 18.8; España, Ley de 2000, artículos 53 y 57; y Estados Unidos, INA, artículos 237 a) 3) A)-B), y 266 c).

Estado cuando se le requiera<sup>721</sup>, la de abstenerse de viajar a zonas prohibidas<sup>722</sup>, la de no recibir ni obtener permiso de residencia fuera del Estado<sup>723</sup>, o la de no salir del Estado durante un período superior al determinado<sup>724</sup> o sin autorización<sup>725</sup>.

337. La expulsión de un extranjero por este motivo puede verse afectada por lo dispuesto en un arreglo especial entre el Estado de nacionalidad del extranjero y el Estado en que éste se encuentre<sup>726</sup>, o en cualquier acuerdo o instrumento internacional pertinente<sup>727</sup>. La legislación correspondiente puede permitir expresamente la aplicación de sanciones penales, además de la expulsión cuando existan motivos de los recogidos en este epígrafe<sup>728</sup>. Asimismo, puede especificarse que la expulsión se producirá tras el cumplimiento de la condena impuesta<sup>729</sup>.

338. Los tribunales nacionales de varios Estados han sostenido que el incumplimiento de las condiciones de admisión son un motivo válido para expulsar a los extranjeros<sup>730</sup>.

<sup>721</sup> China, Reglas de 1986, artículo 43; y Nigeria, Ley de 1963, artículo 46 3) b).

<sup>722</sup> China, Ley de 1986, artículo 29 y 30, Reglamento de 1986, artículo 46; y Suiza, Ley Federal de 1931, artículo 13e.

<sup>723</sup> Belarús, Ley de 1998, artículo 15; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 48 b); Federación de Rusia, Ley No. 115-FZ de 2002, artículos 7 10), 9 10); y Suecia, Ley de 1989, capítulo 2, artículo 12.

<sup>724</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 62 c); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 48 a); Chile, Decreto de 1975, artículo 43; Paraguay, Ley de 1996, artículo 34 5); y Federación de Rusia, Ley No. 115-FZ de 2002, artículos 7 11) y 9 11).

<sup>725</sup> Brasil, Ley de 1980, artículos 124 XIII), y 127; y República de Corea, Ley de 1992, artículo 46 1) 9); *compárese* con España, Ley de 2000, artículos 53 g), 57 1), en que se tipifican las salidas sin autorización como infracciones graves que pueden ser castigadas con una pena de multa pero que no constituyen motivo de expulsión.

<sup>726</sup> Este acuerdo puede ser, por ejemplo, uno establecido en virtud de la Unión Europea (Finlandia, Ley de 2004, artículo 168 1)-2); Francia, Código, artículo L621-2; e Italia, Ley No. 40 de 1998, artículo 5 12), Decreto Ley de 1996, artículo 7 3)), o de la Commonwealth (Nigeria, Ley de 1963, artículo 10 1)).

<sup>727</sup> China, Ley de 1986, artículo 29; Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículo 5 11); y Portugal, Ley de 1998, artículo 99 1)-2).

<sup>728</sup> Chile, Decreto de 1975, artículos 63 3), 65 2)-3); China, Reglas de 1986, artículo 47; Francia, Código, artículos L621-1, L621-2; Italia, Ley de 2005, artículos 10 4), 13 1), Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículo 14 5ter)-5quinques), Decreto Ley de 1996, artículo 7 3); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículos 61 y 108 1); y Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 99 2).

<sup>729</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 47 4).

<sup>730</sup> Véase, por ejemplo, *INS v. Stevic*, U.S. Supreme Court, 467 U.S. 407, 104 S.Ct. 2489, 81 L.Ed.2d 321, 5 de junio de 1984 (apelación contra un procedimiento de deportación iniciado contra el demandante cuando éste superó la estancia de seis semanas permitidas cuando fue admitido); *Hitai v. INS*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Sección Segunda, 343 F. 2d 466, 29 de marzo de 1965 (el apelante violó las condiciones del permiso de entrada en territorio de los Estados Unidos al aceptar un empleo); *United States ex rel. Zapp et al. v. District Director of Immigration and Naturalization*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Sección Segunda, 6 de junio de 1941 (los apelantes fueron expulsados por violar las condiciones de admisión al dejar de ejercer una profesión para la que fueron admitidos); *Urban v. Minister of the Interior*, Tribunal Supremo de Sudáfrica, Distrito Provincial de El Cabo, 30 de abril de 1953 (extranjero expulsado por dedicarse a un trabajo en los tres primeros años de residencia en Sudáfrica que no estaba recogido en la solicitud de admisión); *Simsek v. Minister of Immigration and Ethnic Affairs and Another*, Tribunal Superior de Australia, 10 de marzo de 1982 (el apelante fue expulsado por superar el período del permiso de entrada temporal de tres meses). Además, hay una serie de causas en las que miembros de tripulaciones de buques han violado las condiciones de admisión al Estado territorial permaneciendo en éste tras la partida del buque. Véase por ejemplo, *Re Immigration Act Re Vergakis*, Tribunal Supremo de

339. El incumplimiento de las condiciones de admisión como motivo válido de expulsión también se ha abordado en particular en relación con los trabajadores migrantes, como se examina más abajo<sup>731</sup>.

**c) Orden público o interés general del Estado**

340. La presencia de extranjeros contraria al orden público o al interés general del Estado se ha reconocido como un motivo válido de expulsión de extranjeros en el derecho convencional, la jurisprudencia internacional, la práctica estatal<sup>732</sup> y la doctrina<sup>733</sup>. El mantenimiento del orden público se ha descrito como una función esencial de la expulsión de extranjeros<sup>734</sup>.

341. Pese a que el orden público se reconoce como motivo de expulsión de extranjeros, no parece existir una definición precisa del término. La noción de orden público se ha descrito en el contexto presente como término que conlleva el proceso de sopesar los intereses del Estado y los del extranjero a fin de determinar si existe un motivo válido de expulsión<sup>735</sup>. Estos intereses pueden variar de un caso a otro, lo

---

British Columbia, 11 de agosto de 1964, *International Law Reports*, vol. 42, E. Lauterpacht (ed.), págs. 219 a 226; *United States ex rel. Tie Sing Eng v. Murff, District Director, INS*, Distrito Sur de Nueva York, 6 de octubre de 1958, 165 F. Supp. 633, confirmada *per curiam*, 266 F.2d 957 (2d Cir. 1959), denegada *certiorari*, 361 U.S. 840, 4 L.Ed. 2d 79, 80 Sup. Ct. 73 (1959), *International Law Reports*, vol. 26, 1958-II, E. Lauterpacht (ed.), págs. 509 a 512; *Sovich v. Esperdy*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Sección Segunda, 15 de mayo de 1963; *Re Sosa*, Corte Suprema de la Argentina, 23 de marzo de 1956.

<sup>731</sup> Véase la parte X.C.2 a).

<sup>732</sup> “En los ordenamientos jurídicos nacionales examinados hay una uniformidad quizá poco notable en lo que respecta a la determinación de los motivos de expulsión. En general, el extranjero será susceptible de ser deportado cuando se dé alguna de las siguientes condiciones: ... i) participación en actividades políticas ‘indeseables’ o que vayan, de cualquier otra forma, contra el ‘orden público’... En las disposiciones de derecho interno se acepta en general que, al ejercer su discrecionalidad, las autoridades del Estado deben tener también en cuenta los intereses de la persona, y sopesarlos frente a las exigencias del orden público. Así pues, deberá tenerse en cuenta por ejemplo, el período de residencia en el Estado, el comportamiento y el carácter de la persona, sus vínculos familiares y de otro tipo, y circunstancias atenuantes”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, págs. 255 y 256.

<sup>733</sup> “El Estado que tiene una amplia discrecionalidad, no podrá, con arreglo al derecho internacional general, expulsar a una persona cuando no existan motivos suficientes para temer que esté en peligro el orden público”. Rainer Arnold, “Aliens”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 102 a 107, en especial pág. 104. “La facultad para expulsar o deportar podrá ejercerse cuando el comportamiento o las actividades del extranjero, tras haber sido admitido en el Estado atenten contra determinadas normas básicas. Este comportamiento o actividades incluyen: ... la participación en actividades que ... atenten contra el orden público ...” Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, págs. 90 y 91.

<sup>734</sup> “La función de la expulsión es proteger los intereses esenciales del Estado y preservar el orden público”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 307.

<sup>735</sup> “El principio de buena fe y la exigencia de la justificación, o ‘causa razonable’, requieren que se tenga debidamente en cuenta el interés de la persona, incluidos los derechos humanos fundamentales, sus circunstancias familiares, bienes y otros vínculos con el Estado de residencia, así como sus expectativas legítimas. Todo ello debe sopesarse frente a las alegaciones de ‘orden público’”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 262. “Con arreglo al derecho interno de algunos países, las autoridades, al ejercer su discrecionalidad para expulsar o deportar a una persona, deben tener en cuenta los intereses de ésta y sopesarlos frente a las exigencias de orden público. Por ejemplo, hay legislaciones que requieren que las autoridades consideren la

que complica la labor de formular una definición precisa<sup>736</sup>. Además, los Estados parecen tener un margen de discrecionalidad al aplicar este criterio, que requiere la consideración de los intereses nacionales<sup>737</sup>.

342. No obstante, la noción de orden público se ha descrito como un concepto jurídico general cuyo contenido se determina por ley<sup>738</sup>. Se ha dicho que la aplicación del concepto de orden público por un Estado como motivo de expulsión debe sopesarse con arreglo a las normas en materia de derechos humanos<sup>739</sup>. También se ha dicho que el ejercicio del orden público puede estar sujeto a una decisión imparcial<sup>740</sup>. En este sentido, se ha señalado a la atención la causa relativa a la *Tutela de los niños*, sobre la que la Corte Internacional de Justicia adoptó una decisión en 1958<sup>741</sup>.

---

duración de la residencia de la persona en el Estado, el comportamiento y el carácter de la persona, sus vínculos familiares y otras conexiones de ésta, así como circunstancias atenuantes”. Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, pág. 94.

<sup>736</sup> “A menudo es difícil determinar la finalidad para la que debe ejercerse una determinada competencia discrecional o si dicha competencia se ha ejercido para ese fin. Por ejemplo, puede decirse que la discrecionalidad que se confiere a los Estados con respecto a la admisión y expulsión de extranjeros debe ejercerse en interés del ‘orden público’ o del ‘interés general del Estado’. Pero, como O’Connell ha señalado, ‘la misma ambigüedad del concepto de orden público o del interés general del Estado dificulta la formulación de cualquier norma de derecho internacional sobre el tema que no sea la relacionada con los derechos personales y de propiedad y la dignidad de las personas expulsadas’”. B. O. Iluyomade, “The Scope and Content of a Complaint of Abuse of Right in International Law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 16, No. 1, 1975, págs. 47 a 92, en especial pág. 84 (en referencia a “The Admissions Case [1948] I.C.J. 102-11, en el que algunos magistrados señalaron que la discrecionalidad sería extremadamente difícil de controlar, si no imposible”) y (D. P. O’Connell, *International Law*, vol. 2, London, Stevens & Sons, 1965, págs. 766 y 767).

<sup>737</sup> “A la hora de determinar si sus intereses se ven perjudicados por la continuidad de la presencia del extranjero, o si se ve amenazado el ‘orden público’, el Estado expulsor goza de un amplio margen de discrecionalidad con arreglo al derecho internacional”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 262.

<sup>738</sup> “El concepto de ‘orden público’ sigue siendo un ‘concepto jurídico general’ cuyo contenido se determina por ley”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 262.

<sup>739</sup> “Si bien el Estado que expulsa tiene un margen para determinar la aplicación del concepto de orden público, éste debe sopesarse frente a las normas en materia de derechos humanos”. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, pág. 499.

<sup>740</sup> “La determinación de que existan o no razones de ‘orden público’ queda abierta a una decisión imparcial a la luz de la función prescrita de la expulsión y de las obligaciones internacionales que incumben a cada Estado”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 262.

<sup>741</sup> “Ha habido dudas sobre si el Estado está obligado a demostrar la legitimidad de los motivos de expulsión, y en un caso el Tribunal sostuvo que cuando la expulsión se basa en motivos de orden público no se examinará, por lo general, la decisión de las autoridades competentes del Estado [Re Hochbaum, Ann. Dig., 1933-4, Caso No. 13; decisiones del Tribunal Arbitral de Silesia Superior, vol. 5, pág. 140 en especial pág. 162]. No obstante, este planteamiento parece ser un poco extremo y, según una opinión más adecuada, el Estado expulsor debe demostrar que existe una ‘causa razonable’, ya que el orden público no es un término vacío de contenido, y no es una descripción abreviada de un poder absoluto y soberano. En la causa relativa a la *Tutela de los niños*, el magistrado Lauterpacht describió como ‘concepto jurídico general’, un principio general del derecho, cuyo contenido debía determinarse en relación con la práctica y la experiencia del derecho interno. Evidentemente, sus palabras iban dirigidas a limitar el orden

343. El orden público se ha reconocido como motivo válido de expulsión de extranjeros en una serie de tratados.

344. En el párrafo 1 del artículo 6 de la Convención sobre condiciones de los extranjeros se dispone:

“Los Estados podrán expulsar a los extranjeros domiciliados, residentes o meramente en tránsito en su territorio por razones de orden público o seguridad del Estado.”<sup>742</sup>

345. El párrafo 1 del artículo 3 del Convenio Europeo de Establecimiento dispone lo siguiente:

“Los nacionales de cualquier Parte Contratante que residan legalmente en el territorio de otra Parte únicamente podrán ser expulsados cuando constituyan una amenaza para la seguridad nacional o atenten contra el orden público o las buenas costumbres.”

346. Según el Protocolo de este Convenio, los conceptos de orden público, seguridad nacional y buenas costumbres serán determinados por cada Parte Contratante con arreglo a criterios nacionales. En la sección I se dispone lo siguiente:

“a) Toda Parte Contratante tendrá derecho a determinar mediante criterios nacionales:

1. Las razones de orden público ... que pueden constituir un motivo para expulsar de su territorio a nacionales de otras Partes;

...

3. Las circunstancias que constituyan ... un delito de orden público ...”

347. No obstante, el mismo Protocolo indica que el concepto de orden público debe entenderse en el “sentido amplio generalmente aceptado en los países continentales” y menciona ejemplos de situaciones en las que una expulsión puede estar justificada por ese motivo. La sección III a) dispone lo siguiente:

“El concepto de orden público se entenderá en el sentido amplio generalmente aceptado en los países continentales. Por ejemplo, una Parte Contratante podrá expulsar a un nacional de otra Parte por razones políticas, o cuando haya motivos para pensar que dicha persona no puede hacer frente a los gastos de su estancia o que trata de dedicarse a una ocupación lucrativa sin contar con los permisos necesarios.”

348. El orden público también se ha reconocido como motivo válido para la expulsión de extranjeros en la jurisprudencia internacional.

349. En el caso *Paquet* el árbitro entendió lo siguiente:

---

público como una reserva implícita de las obligaciones contraídas en virtud de tratados, pero la evidencia de la práctica estatal sugiere que una opinión similar es aplicable para las cuestiones relacionadas con la expulsión, aun cuando no existan obligaciones convencionales específicas”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, págs. 230 y 231 (se omiten las citas) (en referencia a I.C.J. Rep. 1958, pág. 55, en especial pág. 92).

<sup>742</sup> Convención sobre condiciones de los extranjeros, La Habana, 20 de febrero de 1928, en Charles I. Bevans (dir.), *Treaties and other international agreements of the United States of America 1776-1949*, vol. 2: *Multilateral*, 1918-1930, págs. 710 a 713.

“Los Estados se reservan el ejercicio del derecho [de expulsión] con respecto a los extranjeros cuando consideren que éstos constituyen una amenaza para el orden público, o por consideraciones de carácter político superior, pero cuya aplicación no pueda alegarse excepto para ese fin.”<sup>743</sup>

350. En la causa *Moustaquim c. Bélgica*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció la preocupación de los Estados por mantener el orden público controlando la entrada, residencia y expulsión de extranjeros. El Tribunal dijo lo siguiente:

“El Tribunal no subestima en modo alguno la preocupación de los Estados Contratantes por mantener el orden público, en particular al ejercer su derecho, como cuestión bien establecida de derecho internacional y con sujeción a las obligaciones que les incumban en virtud de tratados, a controlar la entrada, residencia y expulsión de extranjeros.”<sup>744</sup>

351. En la Unión Europea, se admiten los motivos de “orden público” para la expulsión de ciudadanos de la Unión y miembros de sus familias. No obstante, una decisión de expulsión adoptada por dichos motivos debe ajustarse al principio de proporcionalidad, basarse exclusivamente en el comportamiento individual de la persona y tener en cuenta su situación personal. Los motivos de “orden público” sólo se admiten cuando la persona constituya “una amenaza, real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad”. Además, no se aceptan consideraciones relacionadas con la “prevención general”. A este respecto, cabe mencionar la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004. En el párrafo 23 del preámbulo y en el artículo 27 se dispone lo siguiente:

“23)

La expulsión de un ciudadano de la Unión y los miembros de su familia por razones de orden público o seguridad pública constituye una medida que puede perjudicar seriamente a las personas que, haciendo uso de los derechos y libertades concedidas por el Tratado, se integraron verdaderamente en el Estado Miembro de acogida. Conviene por lo tanto limitar el alcance de estas medidas de conformidad con el principio de proporcionalidad para tener en cuenta el grado de integración de las personas en cuestión, la duración de la residencia en el Estado Miembro de acogida, su edad, su estado de salud y la situación familiar y económica, así como los vínculos con el país de origen.”

“Artículo 27

Principios generales

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Capítulo, los Estados miembros podrán limitar la libertad de circulación y residencia de un

<sup>743</sup> *Paquet Case (Expulsion)*, Mixed Claims Commission Belgium-Venezuela, 1903, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IX, págs. 323 a 325, en especial pág. 325 (Filtz, Árbitro).

<sup>744</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case of Moustaquim v. Belgium*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 18 de febrero de 1991, párr. 43. Véase también: *Case of Vilvarajah and others v. United Kingdom*, sentencia (sobre el fondo), 30 de octubre de 1991, párr. 102; *Case of Chahal v. United Kingdom*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 15 de noviembre de 1996, párr. 73; *Case of Ahmed v. Austria*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 17 de diciembre de 1996, párr. 38; *Case of Bouchelkia v. France*, sentencia (sobre el fondo), 29 de enero de 1997, párr. 48, y *Case of H.L.R. v. France*, sentencia (sobre el fondo), 29 de abril 1997, párr. 33.

ciudadano de la Unión o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Estas razones no podrán alegarse con fines económicos.

2. Las medidas adoptadas por razones de orden público o seguridad pública deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar dichas medidas.

La conducta personal del interesado deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. No podrán argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general.

3. Para comprobar si el interesado constituye un peligro para el orden público o la seguridad pública, en el momento de expedirse el certificado de registro o, a falta de un sistema de registro, a más tardar tres meses después de su entrada en el territorio o a partir de la fecha de la notificación de su presencia en el territorio, tal como se establece en el apartado 5 del artículo 5, o en el momento de expedirse la tarjeta de residencia, el Estado miembro de acogida podrá, cuando lo juzgue indispensable, pedir al Estado miembro de origen y, en su caso, a otros Estados miembros información sobre los eventuales antecedentes penales de un interesado. Esta consulta no podrá tener carácter sistemático. El Estado miembro consultado deberá hacer llegar su respuesta en el plazo de dos meses.

4. El Estado miembro que haya expedido el pasaporte o documento de identidad recibirá sin trámite alguno en su territorio al titular de dicho documento que haya sido expulsado por razones de orden público, seguridad pública o salud pública, aun cuando el documento haya expirado o se haya impugnado la nacionalidad del titular.”<sup>745</sup>

352. Los motivos de expulsión relacionados con la seguridad pública y la salud pública se examinan en la parte VII.A.6 d) y g).

353. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha considerado el orden público como motivo de expulsión en varios asuntos.

354. En el asunto *Carmelo Bonsignore c. Oberstadtdirektor der Stadt Köln*, el Tribunal señaló que sólo podían alegarse razones de orden público cuando éstas estuvieran relacionadas con el comportamiento personal de la persona en cuestión, y que no eran admisibles los motivos de “prevención general”.

“6. En esta perspectiva, según el artículo 3 de la Directiva [Directiva No. 64/221 del Consejo, derogada el 30 de abril de 2006 por la Directiva 2004/38/CE, de la que se han mencionado párrafos anteriormente], con respecto a los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad, no podrán admitirse, en lo relativo a las medidas destinadas a salvaguardar el orden público y la seguridad pública, justificaciones que no estén relacionadas con el

<sup>745</sup> 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) No. 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (DO L 158, de 30.4.2004), *Diario Oficial* L 229, de 29 de junio de 2004, págs. 35 a 48, párrafo 23 del preámbulo y artículo 27.

caso individual, según se desprende concretamente de la exigencia que formula el apartado 1, a cuyo tenor lo que debe ser determinante es ‘exclusivamente’ el ‘comportamiento personal’ de los individuos a quienes se apliquen;

Como las excepciones a las normas relativas a la libre circulación de las personas deben ser objeto de interpretación estricta, el concepto de ‘comportamiento personal’ refleja la exigencia de que una medida de expulsión sólo podrá aplicarse ante amenazas contra el orden público o la seguridad pública cuyo causante pudiera ser el individuo a quien se aplique dicha medida.

7. Por consiguiente, a las cuestiones planteadas procede responder que los apartados 1 y 2 del artículo 3 de la Directiva 64/221 se oponen a la expulsión de un nacional de un Estado miembro si dicha expulsión se decreta con una finalidad de disuasión con respecto a otros extranjeros, es decir, si se basa, según los términos del órgano jurisdiccional nacional, en motivos de ‘prevención general’.”<sup>746</sup>

355. En el asunto *Rezguia Adoui c. Etat belge y Ville de Liège; Dominique Cornuaille c. Etat belge*, el Tribunal señaló que no pueden invocarse motivos ajenos al caso concreto para justificar medidas tendentes a salvaguardar la seguridad pública:

“Por lo que respecta a las medidas tendentes a la salvaguardia del orden público y de la seguridad pública, no pueden invocarse en contra de nacionales de los Estados miembros de la Comunidad motivos ajenos al caso concreto de que se trate.”<sup>747</sup>

356. Un Estado miembro de la Unión Europea no puede expulsar a un nacional de otro Estado miembro que haya sido objeto de una condena penal sin tener en cuenta el comportamiento personal del infractor y el peligro que este representa para el orden público. En el asunto *Arios Pagos (Grecia) c. Donatella Calfa*, el Tribunal entendió que la normativa que estipulaba la expulsión automática de por vida de una persona que hubiera sido declarada culpable de un delito contra la ley de estupefacientes no era compatible con el derecho de la Unión Europea:

“26. Ahora bien, debe recordarse que la normativa que se cuestiona en el asunto principal obliga a expulsar de por vida del territorio a los nacionales de los demás Estados miembros a los que se haya declarado culpables, en dicho territorio, de una infracción contra la Ley de estupefacientes, salvo si razones imperiosas, en particular de índole familiar, justifican su permanencia en el país. La sanción sólo puede ser revocada por decisión discrecional del Ministro de Justicia, adoptada después de haber transcurrido un período de tres años.

27. En estas circunstancias, es necesario reconocer que la expulsión de por vida del territorio se dicta automáticamente a raíz de una condena penal, sin tener en cuenta el comportamiento personal del autor de la infracción ni el peligro que supone para el orden público.

28. De lo anterior se desprende que no concurren los requisitos para la aplicación de la excepción de orden público previstos por la Directiva 64/221, tal como los interpreta el Tribunal de Justicia, y que no se puede alegar fundadamente la excepción de orden público para justificar una restricción a la

<sup>746</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Carmelo Bonsignore c. Oberstadtdirektor der Stadt Köln*, asunto 67-74, sentencia, 26 de febrero de 1975.

<sup>747</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto *Rezguia Adoui c. Etat belge y Ville de Liège; Dominique Cornuaille c. Etat belge*, asuntos acumulados C-115/81 y C-116/81, sentencia de 18 de mayo de 1982, párrafo 2 de la parte dispositiva.



libre prestación de servicios como la que resulta de la normativa controvertida en el asunto principal.”<sup>748</sup>

357. En el asunto *Rezguia Adoui c. Etat belge y Ville de Liège; Dominique Cornuaille c. Etat belge*, el Tribunal también entendió que el comportamiento atribuible a la persona en cuestión debe ser de un tipo contra el cual se adopten medidas represivas u otro tipo de medidas efectivas por parte del Estado que expulsa cuando dicho comportamiento lo realice uno de sus nacionales.

“Un Estado miembro no puede, amparándose en la excepción de orden público contenida en los artículos 48 y 56 del Tratado, expulsar de su territorio a un nacional de otro Estado miembro o negarle la entrada en el mismo por un comportamiento que, cuando lo realizan sus propios nacionales, no da lugar a medidas represivas o a otro tipo de medidas reales y efectivas destinadas a combatir dicho comportamiento.”<sup>749</sup>

358. En el asunto *Georgios Orfanopoulos y otros c. Land Baden-Württemberg*, el Tribunal entendió también que la amenaza para el orden público debe ser presente. Por tanto, es necesario tener debidamente en cuenta todas las circunstancias, incluidos los hechos ocurridos tras la decisión de expulsión, que pudieran haber disminuido o eliminado sustancialmente la amenaza que constituía la persona para el orden público.

“3. El artículo 3 de la Directiva 64/221 se opone a una práctica nacional conforme a la cual se considera que los órganos jurisdiccionales nacionales, al examinar la legalidad de la expulsión de un ciudadano de otro Estado miembro, no tienen que tener en cuenta los hechos posteriores a la última resolución de las autoridades competentes que puedan implicar la desaparición o una considerable disminución de la amenaza que constituiría, para el orden público, el comportamiento de la persona de que se trate. Tal es el caso, sobre todo, cuando ha transcurrido un prolongado lapso de tiempo entre la fecha de la resolución de expulsión, por una parte, y la del examen de dicha resolución por el órgano jurisdiccional competente, por otra.

4. Los artículos 39CE y 3 de la Directiva 64/221 se oponen a una legislación o a una práctica nacional en virtud de la cual se ordena la expulsión del territorio de un nacional de otro Estado miembro que haya sido condenado a una determinada pena por ciertos delitos, pese a tomar en consideración circunstancias de carácter familiar, basándose en la presunción de que debe ser expulsado, sin que se tenga en cuenta, en puridad, su comportamiento personal ni el peligro que constituye para el orden público.”<sup>750</sup>

359. A los fines de la legislación nacional, la noción de orden público incluye actos o amenazas contra el funcionamiento interno, la naturaleza política o la población del Estado. Un Estado puede expulsar a un extranjero cuando éste constituya una amenaza para el orden público del Estado entendido con arreglo al orden o el sistema constitucional de éste<sup>751</sup>, el orden político, institucional

<sup>748</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto *Arios Pagos (Grecia) c. Donatella Calfa*, asunto C-348/96, sentencia de 19 de enero de 1999.

<sup>749</sup> Asunto *Rezguia Adoui*, nota 747 *supra*, párrafo 1 de la parte dispositiva. La cuestión fue examinada por el Tribunal en relación con un caso de presunta prostitución.

<sup>750</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Georgios Orfanopoulos y otros c. Land Baden-Württemberg*, asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01, sentencia de 29 de abril de 2004, párrafos 3 y 4 de la parte dispositiva.

<sup>751</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley 2003, artículos 27 1) a) y 47 1) a); Grecia, Ley de 2001, artículo 44 1) a); Hungría, Ley de 2001, artículo 32 1) a); Japón, Orden de 1951, artículos 5 11) y 24 4) 1);

o social<sup>752</sup> (incluso en lo que respecta específicamente a sus relaciones raciales o nacionales<sup>753</sup>, religiosas<sup>754</sup> u otras relaciones sociales)<sup>755</sup>, la democracia<sup>756</sup>, el orden público<sup>757</sup>, la seguridad pública<sup>758</sup>, la estabilidad pública<sup>759</sup>, la paz social o de otro tipo<sup>760</sup>, el interés general<sup>761</sup>, la “moral”<sup>762</sup>, o la cultura<sup>763</sup>. Este motivo también puede aplicarse cuando el extranjero se considere subversivo<sup>764</sup>, traidor<sup>765</sup>, peligroso para el Estado<sup>766</sup> o en cualquier otro

Federación de Rusia, Ley No. 115-FZ de 2002, artículos 7 1), 9 1) y 18 9) 1); Ley de 1996, artículo 25.10; y Estados Unidos, INA, artículo 101 a) 37).

- <sup>752</sup> Brasil, Decreto de 1981, artículos 101 y 104; Ley de 1980, artículos 2, 64, 67 y 70; Canadá, Ley de 2001, artículos 33 y 34 1) a) a b); Chile, Decreto de 1975, artículos 15 1), 17, 63 2) y 65 1) y 3); Grecia, Ley de 2001, artículo 44 1) a); Guatemala, Decreto Ley de 1986, artículo 82; Japón, Orden de 1951, artículos 5 11) y 24 4) 1); República de Corea, Ley de 1992, artículo 11 1) 4) y 1) 8); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 37 g); Federación de Rusia, Ley de 1996, artículos 25 10) y 27 1); Sudáfrica, Ley de 2002, artículo 29 1) d); y Estados Unidos, INA, artículos 212 a) 3) A) iii) y 237 a) 4) A) iii). Si bien el Brasil no permite una expulsión que constituya una extradición prohibida y da al Tribunal Supremo Federal el derecho exclusivo de determinar el carácter de la infracción, el Tribunal podrá negarse a considerar actos de anarquismo, actos contra las autoridades, o infracciones violentas dirigidas a subvertir el orden político o social (Brasil, Ley de 1980, artículos 74, 76 2) y 3)).
- <sup>753</sup> Belarús, Ley de 1998, artículo 14; y Sudáfrica, Ley de 2002, artículo 29 1) d).
- <sup>754</sup> Belarús, Ley de 1998, artículo 14.
- <sup>755</sup> Belarús, Ley de 1998, artículo 14.
- <sup>756</sup> Argentina, Ley de 2004, artículos 29 e) y 62 e); Canadá, Ley de 2001, artículos 33 y 34 1) a) y b); República Checa, Ley de 1999, artículo 9 1); y Alemania, Ley de 2004, artículo 54 5 a).
- <sup>757</sup> Belarús, Ley de 1998, artículos 14 y 15; Ley de 1993, artículos 20 2) y 25 2); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 27 1) h), 47 1) i), 57 1) i) y 59 1); Brasil, Ley de 1980, artículos 7 II) y 26; Bulgaria, Ley de 1998, artículo 42; Camerún, Decreto de 2000, artículo 65; Chile, Decreto de 1975, artículos 15 1), 17, 63 2) y 65 1) y 3); China, Ley de 1986, artículos 5 y 12; Reglamento sobre los estudiantes extranjeros, artículo 34; Colombia, Decreto de 1995, artículo 89 2); República Checa, Ley de 1999, artículo 9 1); Dinamarca, Ley de 2003, artículo 25 ii); Finlandia, Ley de 2004, artículos 11 1) 5) y 168 1) y 2); Francia, Código, artículos L213-1, L511-1 7) y 8), L521-1, L523-5 y L541-1; Grecia, Ley de 2001, artículo 44 1) c); Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículos 4 3), 6), 8, 9 5) y 13 1); Ley No. 40 de 1998, artículos 4 3), 6), 7 5) y 11 1); Decreto Ley de 1996, artículo 7 3); Madagascar, Ley de 1962, artículos 13 y 14; Noruega, Ley de 1988, artículo 58; Panamá, Decreto Ley de 1960, artículos 18 y 36 (modificado por la Ley No. 6 (1980), párr. 10); Portugal, Decreto Ley de 1998, artículos 11, 25 2) e) y 99 1) b); España, Ley de 2000, artículo 53 d); y Suiza, Ley Federal de 1931, artículo 10 1) c) y 2).
- <sup>758</sup> Canadá, Ley de 2001, artículo 38 1) b); China, Ley de 1993, artículo 30; Dinamarca, Ley de 2003, artículo 25 ii); Finlandia, Ley de 2004, artículo 168 1) y 2); Francia, Código, artículo L521-2; Alemania, Ley de 2004, artículos 54 4) y 55 1); Hungría, Ley de 2001, artículo 32 1); Italia, Ley de 2005, artículo 2 3), Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículo 15, Decreto Ley de 1996, artículo 7 2); Japón, Orden de 1951, artículo 5 14); República de Corea, Ley de 1992, artículo 11 1) 3), 1) 8); Lituania, Ley de 2004, artículos 7 5), 126 1) 3); Madagascar, Ley de 1962, artículos 13 y 14, Noruega, Ley de 1988, artículo 58; Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 38; Polonia, Ley No. 1775 de 2003, artículo 21 1) 6); España, Ley de 2000, artículo 53 d); y Estados Unidos, INA, artículos 212 a) 3) F), 237 a) 4) A) ii).
- <sup>759</sup> Alemania, Ley de 2004, artículo 55 1); y Guatemala, Reglamento de 1999, artículo 97, y Decreto Ley de 1986, artículo 82.
- <sup>760</sup> Brasil, Ley de 1980, artículo 64; Colombia, Decreto de 1995, artículo 89 3); Alemania, Ley de 2004, artículo 53 2); y Guatemala, Decreto Ley de 1986, artículo 82.
- <sup>761</sup> Japón, Orden de 1951, artículo 7 2); y Estados Unidos, INA, artículo 212 a) 3) F).
- <sup>762</sup> Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 99 1) b).
- <sup>763</sup> Brasil, Ley de 1980, artículo 2.
- <sup>764</sup> China, Reglas de 1986, artículo 7 2).
- <sup>765</sup> Estados Unidos, INA, artículo 237 a) 2) D) i).
- <sup>766</sup> Chile, Decreto de 1975, artículos 15 1), 17, 63 2), y 65 1) y 3); y Suecia, Ley de 1989, capítulo 2, artículo 11 e).

sentido<sup>767</sup>, incapaz de adaptarse al orden establecido del Estado o sin voluntad de hacerlo<sup>768</sup>, dispuesto a usar o promover la violencia contra el Estado o para fines políticos<sup>769</sup> o de otro tipo<sup>770</sup>, una amenaza para la seguridad<sup>771</sup>, los derechos o los intereses legítimos de las demás personas<sup>772</sup>, o una amenaza para la actividad laboral<sup>773</sup>. Las amenazas externas y el terrorismo internacional se consideran motivos de seguridad nacional que dan lugar a la expulsión, y se examinan en la parte VII.A.6 d).

360. El motivo del orden público puede aplicarse a un extranjero en razón de su pertenencia a una organización que se dedique a actividades que planteen problemas de orden público<sup>774</sup>. Las razones de orden público pueden afectar<sup>775</sup> o no<sup>776</sup> a la capacidad jurídica del extranjero de permanecer con carácter transitorio en el Estado. Asimismo pueden afectar a las condiciones impuestas al extranjero durante el tiempo en que permanezca en territorio de ese Estado<sup>777</sup>. La condición del extranjero que se encuentre en esta situación puede depender en parte: 1) de que el extranjero proceda de un Estado que tenga un acuerdo o relación especial con el Estado expulsor<sup>778</sup>, o 2) de la aplicación expresa por el Estado expulsor de las condiciones de una convención internacional en materia de derechos humanos a la hora de considerar los motivos de expulsión recogidos en este epígrafe<sup>779</sup>. La legislación pertinente puede permitir expresamente la aplicación de sanciones penales además de la expulsión cuando se den los motivos recogidos en este epígrafe<sup>780</sup>.

<sup>767</sup> Brasil, Ley de 1980, artículo 61; e Italia, Ley No. 40 de 1998, artículo 13; Decreto Legislativo de 1996, artículo 7 1).

<sup>768</sup> Suiza, Ley Federal de 1931, artículo 10 1) b).

<sup>769</sup> Chile, Decreto de 1975, artículos 15 1), 17, 63 2), 65 1), 3); República Checa, Ley de 1999, artículo 9 1); Alemania, Ley de 2004, artículos 54 5a), 55 2); Japón, Orden de 1951, artículos 5 11) y 12), 24 4) l) a m); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 37 g) a h); Suecia, Ley de 1989, capítulo 4, artículo 11; y Estados Unidos, INA, artículo 212 a) 3) A) iii), 237 a) 4) A) iii).

<sup>770</sup> Canadá, Ley de 2001, artículos 33, 34 1) e); China, Reglas de 1986, artículo 7 2); Alemania, Ley de 2004, artículo 54 4); República de Corea, Ley de 1992, artículo 46 1) y 2); y Federación de Rusia, Ley No. 115-FZ de 2002, artículos 7 1), 9 1), 18 9) 1).

<sup>771</sup> Canadá, Ley de 2001, artículos 33, 34 1) e); Finlandia, Ley de 2004, artículo 149 3); Federación de Rusia, Ley No. 115-FZ de 2002, artículo 7 1), 9 1), 18 9) 1); y Suecia, Ley de 1989, capítulo 4, artículo 7 2).

<sup>772</sup> Belarús, Ley de 1998, artículos 14 y 15, Ley de 1993, artículos 20 1), 25 1); y China, Reglamento de los estudiantes extranjeros, artículo 34.

<sup>773</sup> Japón, Orden de 1951, artículos 5 12) c), 24 4) m) 3).

<sup>774</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 27 1) a), 47 1) a); Hungría, Ley de 2001, artículo 32 1) a); Japón, Orden de 1951, artículos 5 11) a 13), 24 4) l) a n); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 37 g) y Estados Unidos, INA, artículo 212 a) 3) F).

<sup>775</sup> Brasil, Ley de 1980, artículo 93; y Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 36 (modificado por la ley No. 6 (1980), párr. 10).

<sup>776</sup> Japón, Orden de 1951, artículo 24 4), que dispone la no aplicación a los extranjeros que permanecen con carácter transitorio de determinadas disposiciones relativas a la expulsión en razón de cuestiones de orden público, incluso en lo que se refiere a la tentativa o de derrocar al Gobierno japonés o dejar sin efecto su Constitución o la incitación a su comisión.

<sup>777</sup> República de Corea, Ley de 1992, artículo 22.

<sup>778</sup> Finlandia, Ley de 2004, artículo 168 1) y 2); Italia, Ley No. 40 de 1998, artículo 45 2) b); Noruega, Ley de 1988, artículo 58; y Portugal, Decreto Ley de 1998, artículos 11 y 25 2) e).

<sup>779</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 59 1) y 2).

<sup>780</sup> Italia, Ley de 2005, artículo 13 1); y Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 99 2).

361. Los tribunales nacionales también se han ocupado de asuntos que conllevan la expulsión por motivos de orden público<sup>781</sup>. En algunos casos, las condenas por delitos cometidos en otros Estados han servido de base para la expulsión en razón de mantener el orden público<sup>782</sup>.

362. La noción de orden público como motivo de expulsión se aborda también con respecto a categorías específicas de extranjeros, incluidos los residentes a largo plazo, los trabajadores migrantes, los refugiados y los apátridas, como se examina más abajo<sup>783</sup>.

<sup>781</sup> Véase, por ejemplo, *Keledjian Garabed v. Public Prosecutor*, Tribunal de Casación (Sala de lo Penal), 17 de diciembre de 1937; *Maffei v. Minister of Justice*, Consejo de Estado (Comité de lo Contencioso), 12 de noviembre de 1980, *International Law Reports*, vol. 73, E. Lauterpacht (ed.), C.J. Greenwood, págs. 652 a 657; *In re Salon*, Consejo de Estado, 3 de abril de 1940, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1919-1942 (Suplemento), H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 105, págs. 198 y 199.

<sup>782</sup> Véase, por ejemplo, *Expulsion Order Case*, “Al determinar la admisibilidad de la orden de expulsión, el Tribunal Administrativo tuvo en cuenta correctamente los delitos cometidos por el demandante en Suiza. El *AusIG* no estipula la expulsión exclusivamente por razón de los delitos cometidos en la República Federal (artículo 10 *AusIG*). De hecho, el orden público y la seguridad en la República Federal pueden verse amenazados simplemente por el hecho de que un criminal peligroso viva en su territorio. La consideración de los delitos cometidos en el extranjero, contra la que el Tribunal Constitucional Federal en su sentencia de 12 de febrero de 1964 no expresó ninguna objeción fundamental (*DVBL* 1966, pág. 643), no puede negarse siempre que estos delitos sean también punibles con arreglo al derecho alemán (*DVBL* 1965, pág. 921)”. *Expulsion Order Case*, República Federal de Alemania, Tribunal Administrativo Superior de Hesse, 13 de noviembre de 1968, *International Law Reports*, vol. 61, E. Lauterpacht (ed.), C.J. Greenwood, págs. 436 a 443, en especial pág. 441; *King v. Brooks and Minister of Citizenship and Immigration*, Tribunal de Apelaciones de Manitoba, 25 de octubre de 1960, *International Law Reports*, vol. 32, E. Lauterpacht (ed.), págs. 249 a 251; *In re Everardo Diaz*, Supremo Tribunal Federal del Brasil, 8 de noviembre de 1919, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1919-1922, Sir John Fischer Williams y H. Lauterpacht (eds.), Causa No. 179, págs. 254 a 257 [expulsión del Brasil en relación con una condena por participar en un atentado con bomba en la Argentina]. No obstante, véase *Residence Prohibition Order Case (2)*, República Federal de Alemania, Tribunal Administrativo Superior de Münster, 1º de octubre de 1968, *International Law Reports*, vol. 61, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 433 a 436 [orden de expulsión por condena por haber ayudado a las tropas alemanas durante la segunda guerra mundial, que fue anulada ya que el extranjero no constituía una amenaza para el orden público y se vería sometido a un castigo continuo por un delito político si era expulsado a su Estado de nacionalidad]. No obstante, véase *Homeless Alien (Germany) Case*, nota 702, *supra*, pág. 507 (“No todo delito justifica la expulsión por razones de orden público”); *M. v. Secretary of State for the Home Department*, Tribunal de Apelaciones, Reino Unido (2003) WLR 1980 (CA) [cuando la expulsión por la comisión de un delito es anulada por un tribunal, la emisión de una nueva orden de expulsión por motivos de orden público debe estar justificada por el Secretario de Estado; la condena por agresión deshonesta debe sopesarse frente a las serias dificultades que se causarían al extranjero y a su familia con su expulsión].

<sup>783</sup> Véanse las partes X.B.2 a), X.C.2 a), X.E.1 a) y X.F.1.

#### d) Seguridad nacional

363. La seguridad nacional (o “seguridad pública”) se ha reconocido como motivo válido para la expulsión de extranjeros en los tratados, la jurisprudencia internacional, la práctica estatal<sup>784</sup> y la doctrina<sup>785</sup>.

364. El Estado parecería tener amplia discrecionalidad para determinar si la presencia de un extranjero en su territorio constituye una amenaza para su seguridad nacional, la pone en peligro, o es contraria a ella en alguna otra forma<sup>786</sup>. No obstante se ha sugerido que el motivo de la seguridad nacional para expulsar a un extranjero puede estar sujeto a un requisito de proporcionalidad.

“Algunos tratados requieren que los Estados no expulsen a los extranjeros a menos que existan razones específicas [por ejemplo, seguridad nacional]. ... Sería difícil denegar al Estado expulsor cierta discrecionalidad a la hora de determinar si existe un peligro para la seguridad nacional y si en ese caso concreto la presencia de la persona en cuestión afecta a dicha seguridad. Queda claro que el Estado expulsor es el que está en mejor posición para evaluar la existencia de una amenaza a su propia seguridad y orden público. El Estado considerará esta cuestión tomando como base las circunstancias de las

<sup>784</sup> “La práctica estatal acepta que la expulsión está justificada: ... a la luz de consideraciones de política y seguridad”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 262. “Los intereses de la seguridad nacional son casi invariablemente un motivo de expulsión de extranjero”. Richard Plender, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pág. 467 (en referencia a Australia, Ley de Migración de 1958, artículos 12 y 14; Bélgica, Ley de 15 de diciembre de 1980, artículo 20 1); Chile, Ley No. 12,927 de 6 de agosto de 1956, artículo 3; Dinamarca, Ley de Extranjería No. 226, de 8 de junio de 1983, artículo 12; República Federal de Alemania, *Auslandergesetz* (Ley de Extranjería) de 28 abril de 1965, BGBI. 1965 I, 353, artículo 10; Ghana, Ley de Extranjería de 1933, artículo 12; India, Ley de Extranjería de 1946, artículo 2 c), con arreglo a la interpretación que figura en *Hans Muller v. Superintendent, Presidency Gaol* [1955] A.I.R. 367 (S.C.); Irlanda, Orden de Extranjería de 1946, artículo 13; Países Bajos, Ley de Extranjería de 1965, artículo 12; Nigeria, Ley de Inmigración, No. 6 de 1963, modificada por el Decreto No. 8 de 1972; Noruega, Ley de Extranjería de 1956, artículo 15; Polonia, Ley de Extranjería de 29 de marzo de 1963, Dz. U. 1963, No. 15, artículo 9; Portugal, Decreto Ley 264-B181, artículo 42; Turquía, Ley de residencia y viaje de extranjeros, No. 5683 de 15 de julio de 1980, artículo 19).

<sup>785</sup> “La competencia de un Estado para proteger su seguridad es un atributo esencial de la soberanía. Aunque no existe un instrumento general relativo a la migración y la seguridad, está claro que los Estados poseen competencia, en virtud del derecho internacional, para limitar y controlar la migración por motivos de seguridad nacional; y la exclusión y expulsión de personas de las que se piense que constituyen una amenaza para la seguridad nacional de un Estado está firmemente enraizada en la práctica estatal” Alexander T. Aleinikoff, nota 119 *supra*, pág. 5. “La competencia para expulsar o deportar podrá ejercerse cuando el comportamiento o las actividades de un extranjero, tras haber sido admitido en el Estado, infrinja determinadas normas básicas. Dicho comportamiento o actividades incluyen: ... la participación en actividades que pongan en peligro la seguridad del Estado ...” Louis B. Sohn and T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, págs. 90 y 91.

<sup>786</sup> “Cuando los motivos de deportación conllevan cuestiones de seguridad nacional, los tribunales pueden mostrarse reticentes a limitar el ejercicio de la discrecionalidad del Ministro ...” Robert Jennings and A. Watts, *Oppenheim's International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, pág. 943, No. 13 (en referencia a ello véase *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Hosenball* [1977] 3 All ER 452). “Los motivos para expulsar a un extranjero en el derecho del Reino Unido tienen similitudes obvias con los que figuran en el derecho interno de los Estados Unidos de América. Estos motivos pueden resumirse de la forma siguiente: 4. Delitos contra el ‘orden público’, incluidas cuestiones políticas y asuntos que afecten a la seguridad nacional. En relación con esta cuarta categoría general, la legislación del Reino Unido es notable por la amplia discrecionalidad que da al ejecutivo; estos ámbitos difícilmente pueden estar sujetos al control de normas detalladas”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 251.

que tenga conocimiento en el momento de la expulsión. No parecería justo un fallo posterior basado en conocimientos previos. Por tanto, desde el punto de vista de un órgano supervisor, parecería justificado dejar al Estado expulsor un “margen de discrecionalidad”, por utilizar términos empleados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos. Este margen no sólo afecta a la facultad de revisión que pueda tener un órgano judicial o de otro tipo, sino también al alcance de la obligación del Estado.

Por otra parte, cuando se aplican las restricciones en cuestión, también es necesario que haya proporcionalidad. En otras palabras, aun cuando un Estado tenga derecho a considerar que un extranjero constituye un peligro para la seguridad nacional, la expulsión sería no obstante excesiva si el peligro considerado es sólo mínimo”<sup>787</sup>.

365. La seguridad nacional o la seguridad pública se han reconocido como motivo válido para la expulsión de extranjeros en una serie de tratados.

366. La Convención sobre condiciones de los extranjeros estipula en el párrafo 1 de su artículo 6 lo siguiente:

“Los Estados podrán expulsar a los extranjeros domiciliados, residentes o meramente en tránsito en su territorio por razones de orden público o de seguridad.”

367. El Convenio Europeo del Establecimiento estipula en el párrafo 1 de su artículo 3 lo siguiente:

“Los nacionales de cualquier parte contratante que residan legalmente en el territorio de otra Parte únicamente podrán ser expulsados cuando constituyan una amenaza para la seguridad nacional o atenten contra el orden público o las buenas costumbres.”<sup>788</sup>

368. En la Unión Europea también se reconocen los motivos de la seguridad pública como válidos para justificar la expulsión de nacionales de la Unión y de los miembros de su familia. Estos motivos se mencionan en el artículo 27 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, que se recoge en la parte VII.A.6 c).

369. En cuanto a la jurisprudencia internacional, debe señalarse el laudo arbitral emitido en el caso *J. N. Zerman c. México*. El árbitro afirmó con claridad el derecho del Estado a expulsar a un extranjero por razones relacionadas con la seguridad nacional. No obstante, señaló que en una situación en que no hay guerra, el Estado no puede expulsar a un extranjero que constituya una amenaza para la seguridad nacional sin incoar un procedimiento contra él o enjuiciarlo.

“El árbitro considera que, estrictamente hablando, el Presidente de la República de México tenía derecho a expulsar de su territorio a un extranjero que pudiera considerarse peligroso y que, durante un período de guerra o de alteraciones del orden público, puede ser necesario ejercer este derecho aún basándose en una mera sospecha; no obstante, en el caso presente no había guerra, y las razones de seguridad no podían alegarse como motivo para expulsar al reclamante sin incoar un procedimiento contra él o enjuiciarlo; no obstante, si el Gobierno de México tenía razones para llevar a cabo la

<sup>787</sup> Giorgio Gaja, nota 28 *supra*, pág. 296.

<sup>788</sup> El orden público y las buenas costumbres como motivos de expulsión se examinan en las partes VII.A.6 c) y VII.A.6 h), respectivamente.

expulsión, al menos estaba obligado a demostrar esas acusaciones ante la comisión. La mera afirmación de las acusaciones, o la del cónsul de los Estados Unidos en un despacho enviado a su Gobierno, de que el reclamante estaba empleado por las autoridades imperialistas no parece ser, a juicio del árbitro, suficiente prueba de que ello fuera así, ni suficiente motivo para llevar a cabo la expulsión.”<sup>789</sup>

370. La seguridad nacional se reconoce como motivo válido para la expulsión de extranjeros en la legislación nacional de un serie de Estados. En años recientes, la amenaza de la seguridad nacional como resultado del terrorismo internacional ha sido una consideración cada vez más frecuente en la expulsión de extranjeros por dicho motivo. Algunos Estados han modificado su legislación nacional a fin de abordar de manera más eficaz este problema, como es el caso de Francia<sup>790</sup>, Alemania<sup>791</sup>, Italia<sup>792</sup> y los Estados Unidos<sup>793</sup>. El Reino Unido ha anunciado una nueva política con respecto a la deportación por actividades relacionadas con la apología o la incitación al terrorismo, y nueva legislación al efecto está pendiente de ser aprobada<sup>794</sup>. El concepto de “seguridad nacional” puede interpretarse de forma amplia para incluir actos o amenazas dirigidos contra la existencia o la seguridad

<sup>789</sup> *J. N. Zerman c. México*, laudo de 20 de noviembre de 1876, John Bassett Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party*, vol. IV, pág. 3348.

<sup>790</sup> Propuesta de Ley relativa a las condiciones que permiten la expulsión de las personas a las que se hace referencia en el artículo 26 de la disposición No. 45-2658, de 2 de noviembre de 1945, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa en primera lectura No. 309, 17 de junio 2004.

<sup>791</sup> “Estados alemanes como Bavaria están recurriendo a una Ley federal del 1º de enero de 2005 que les permite expulsar a extranjeros que residan legalmente que ‘apoyen o promuevan actos de terrorismo’, o inciten al odio contra sectores de la población”. Benjamin Ward, *Expulsion doesn’t help*, *International Herald Tribune*, 2 de diciembre de 2005, en [www.ihf.com/articles/2005/12/02/opinion/edward.php](http://www.ihf.com/articles/2005/12/02/opinion/edward.php) (publicado el 26 de enero de 2006). Véase Alemania, Ley de 2004, artículos 54 5) y 6) y 55 2) 8) a), que incorpora las disposiciones pertinentes en materia de lucha contra el terrorismo.

<sup>792</sup> “Italia ha expulsado al menos a cinco imanes desde 2003, y la Ley de lucha contra el terrorismo aprobada el 31 de julio de 2005, permite hacerlo con más facilidad aún”. Benjamin Ward, nota 791 *supra*. Véase en general Italia, Ley de 2005.

<sup>793</sup> Véase Estados Unidos, INA, artículos 212 a) 3) B) y F), 237 a) 4) B), y Título V en general para las disposiciones relativas a la lucha contra el terrorismo.

<sup>794</sup> Tras los atentados con bomba en el sistema de transporte de Londres de 7 de julio de 2005, el Ministro del Interior del Reino Unido, Charles Clarke, anunció que haría uso de sus facultades para deportar del Reino Unido a cualquier ciudadano que no tuviera la nacionalidad británica que tratase de hacer apología del terrorismo o incitar a otros a cometer actos de terrorismo, por cualquier medio, entre ellos, aunque no de forma exhaustiva: 1) escribir, preparar, publicar o distribuir material; 2) hablar en público, incluida la predicación; 3) dirigir un sitio web; o 4) utilizar un puesto de responsabilidad, como el de profesor, dirigente comunitario o juvenil para expresar opiniones que: a) fomenten o justifiquen la violencia terrorista o hagan apología de ella en aras de una creencia específica, b) traten de incitar a otros a cometer actos de terrorismo, c) alienten a la comisión de otros actos delictivos graves o traten de incitar a otros a cometer actos delictivos graves o d) inciten al odio, que a su vez pueda dar lugar a la violencia entre las comunidades en el Reino Unido. Nota de prensa del Ministerio del Interior 118/2005, *Expulsión o deportación del Reino Unido por razones de inducción: documento consultivo*, 5 de agosto de 2005. De ser promulgado el proyecto de Ley sobre terrorismo que se encuentra en el Parlamento: “1) se prohibiría la incitación o glorificación del terrorismo, 2) se crearía un nuevo delito que tipificaría las librerías extremistas que difundan material radical, 3) se legalizaría el entrenamiento o la asistencia a campos de entrenamiento terroristas para recibir formación sobre terrorismo, 4) se constituiría un nuevo delito para castigar a los que planifiquen o preparen la comisión de actos terroristas, 5) se ampliaría el límite máximo de detención preventiva en casos de terrorismo a tres meses, y 6) se ampliarían los motivos de prescripción para incluir los grupos que hagan apología del terrorismo”. Nota de prensa del Ministerio del Interior 148/2005.

externa del Estado territorial *así como posiblemente de otros Estados*, como se examina más abajo.

371. Un Estado podrá expulsar a un extranjero cuando éste amenace su seguridad en la forma en que el Estado exista en ese momento<sup>795</sup>, su soberanía nacional<sup>796</sup>, su seguridad exterior<sup>797</sup>, o la seguridad nacional<sup>798</sup> (incluida la de uno de sus elementos integrantes tales como un estado o un territorio)<sup>799</sup>. Un Estado podrá hacer lo mismo cuando el extranjero: 1) sea sospechoso de haber cometido espionaje<sup>800</sup> o sabotaje<sup>801</sup>; 2) participe en actividades terroristas, colabore en ellas, intente llevarlas a cabo o sea proclive a dichas actividades<sup>802</sup>; o 3) intente cometer o haya cometido actos de subversión, violencia o agresiones de otro tipo contra un gobierno, institución o entidad (en lugar de contra el Estado expulsor únicamente)<sup>803</sup>, contra algún integrante de un grupo específico de gobiernos<sup>804</sup>, un

<sup>795</sup> Colombia, Decreto de 1995, artículo 89 2).

<sup>796</sup> Chile, Decreto de 1975, artículos 15 1), 17, 63 2), 65 1), 3; Hungría, Ley de 2001, artículo 32 1); y Paraguay, Ley de 1996, artículo 81 7).

<sup>797</sup> Chile, Decreto de 1975, artículos 15 1), 17, 63 2), 65 1), 3); y Suiza, Ley Federal de 1931, artículo 10 4).

<sup>798</sup> Australia, Ley de 1958, artículos 200 y 202; Belarús, Ley de 1998, artículos 14 y 15 y 32, Ley de 1993, artículos 20 2), 25 2); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 27 1) h), 47 1) i), 57 1) i); Brasil, Decreto de 1981, artículos 101, 104, Ley de 1980, artículos 2, 64, 67, 70; Bulgaria, Ley de 1998, artículo 42; Canadá, Ley de 2001, artículos 33, 34 1) d); Chile, Decreto de 1975, artículo 2; China, Ley de 1986, artículos 5, 12, reglas de 1986, artículo 7 6); Colombia, Decreto de 1995, artículo 89 2) y 3); República Checa, Ley de 1999, artículo 9 1); Dinamarca, Ley de 2003, artículo 25 i); Finlandia, Ley de 2004, artículos 11 1) 5), 149 4), 168 1) y 2); Francia, Código, artículos L521-2, L523-3; Alemania, Ley de 2004, artículo 54 5a); Grecia, Ley de 2001, artículo 44 1) c); Guatemala, Reglamento de 1999, artículo 97, Decreto Ley de 1986, artículo 82; Hungría, Ley de 2001, artículo 32 1); Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículos 4 3) 6), 8, 9 5), 13 1), Ley de 1998 No. 40, artículos 4 3), 6), 7 5), 11 1), Decreto Ley de 1996, artículo 7 3); Japón, Orden de 1951, artículo 24 4) o); Kenya, Ley de 1973, artículo 3 1) h); Nigeria, Ley de 1963, artículo 18 1) d); Noruega, Ley de 1988, artículo 29 d); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 36 (modificado por la Ley No. 6 (1980), párr. 10); Polonia, Ley de 2003 No. 1775, artículos 21 1) 6), 88 1) 5); Portugal, Decreto Ley de 1998, artículos 11, 25 1) e), 99 1) b); Federación de Rusia, Ley de 1996, artículos 25.10, 27 1); Suecia, Ley de 1989, capítulo 4 artículo 11; Suiza, Constitución Federal, artículo 121 2), Ley Federal de 1931, artículo 10 4); y Estados Unidos, INA, artículos 212 a) 3), 237 a) 4) A) ii), 501 3).

<sup>799</sup> Australia, Ley de 1958, artículo 202 1) a).

<sup>800</sup> Canadá, Ley de 2001, artículos 33, 34 1) a); Suecia, Ley de 1989, capítulo 2 artículo 11 3), capítulo 4 artículo 2 4); y Estados Unidos, INA, artículos 212 a) 3) A) i) I), 237 a) 2) D) i), 4) A) i).

<sup>801</sup> Suecia, Ley de 1989, capítulo 2 artículo 11 3), capítulo 4 artículo 2 4); y Estados Unidos, INA, artículo 237 a) 2) D) i), 4 A) i).

<sup>802</sup> Argentina, Ley de 2004, artículos 29 d)-e), 62 e); Belarús, Ley de 1998, artículos 9, 14; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 57 1) g); Canadá, Ley de 2001, artículos 33, 34 1) c), 35 1) b); China, Reglas de 1986, artículo 7 2); Francia, Código, artículo L521-3; Alemania, Ley de 2004, artículos 54 5)-6), 55 2); Hungría, Ley de 2001, artículo 32 1) b); Italia, Ley de 2005, artículos 3 1)-3), 15 1) 1 bis); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 37 h); Federación de Rusia, Ley No. 115-FZ de 2002, artículos 7 2), 9 2), 18 9) 2); Sudáfrica, Ley de 2002, artículo 29 1) b), e); y Estados Unidos, INA, artículos 212 a) 3) B), F), 237 a) 2) D), 4) B), 501 1). Si bien el Brasil no permite la expulsión que constituya una extradición prohibida, y estipula que el Supremo Tribunal Federal es el único que puede determinar el carácter de una infracción, el Tribunal puede negarse a considerar actos de terrorismo o que se cometan contra Jefes de Estado (Brasil, Ley de 1980, artículos 74, 76 2)-3)).

<sup>803</sup> Canadá, Ley de 2001, artículos 33, 34 1) b); Ecuador, Ley de 2004, artículo 3; Italia, Ley de 2005, artículo 15; República de Corea, Ley de 1992, artículo 46 1) y 2); y Portugal, Decreto Ley de 1998, artículos 11, 25 2) e).

<sup>804</sup> Suecia, Ley de 1989, capítulo 2, artículo 11 3), capítulo 4, artículo 2 4).



gobierno democrático<sup>805</sup>, una organización internacional<sup>806</sup>, o una competición o conferencia internacional<sup>807</sup>.

372. Un Estado puede aplicar el motivo de seguridad nacional para expulsar a un funcionario de alto rango de un gobierno extranjero<sup>808</sup>, o a un extranjero por ser éste miembro de una organización que se dedique a actividades que plantean problemas de seguridad nacional<sup>809</sup>. Un Estado también puede 1) reservarse el derecho a enjuiciar a un extranjero por motivos de seguridad nacional<sup>810</sup>; 2) aplicar expresamente las condiciones de un convenio internacional sobre derechos humanos cuando encuentre motivos para llevar a cabo una expulsión por razones de seguridad nacional<sup>811</sup>; o 3) estipular medidas expresamente para casos de guerra o de otras emergencias nacionales<sup>812</sup>. Los problemas de seguridad nacional pueden afectar a la capacidad jurídica de un extranjero para permanecer con carácter transitorio en un Estado<sup>813</sup>. La situación de un extranjero que se encuentre en las condiciones mencionadas en este epígrafe puede depender en parte de si éste procede de un Estado que tenga un acuerdo o una relación especiales con el Estado expulsor<sup>814</sup>.

373. La jurisprudencia nacional de algunos Estados respalda también la seguridad nacional como motivo válido para la expulsión de extranjeros<sup>815</sup>. Además, en los últimos años ha surgido una nueva línea de jurisprudencia, en particular en relación

<sup>805</sup> Canadá, Ley de 2001, artículos 33, 34 1) a).

<sup>806</sup> Italia, Ley de 2005, artículo 15.

<sup>807</sup> Japón, Orden de 1951, artículos 5 5)-2, 24 4)-3.

<sup>808</sup> Canadá, Ley de 2001, artículo 35 1) b). El Canadá permite expresamente que el Ministro correspondiente considere el interés nacional del Canadá para adoptar dicha decisión (Canadá, Ley de 2001, artículo 35 2)).

<sup>809</sup> Belarús, Ley de 1998, artículos 9, 14; Canadá, Ley de 2001, artículos 33, 34 1) f); Alemania, Ley de 2004, artículo 54 5)- 6); Hungría, Ley de 2001, artículo 32 1) a)- b); Italia, Ley de 2005, artículo 3 1)-2); y Estados Unidos, INA, artículo 212 a) 3) F).

<sup>810</sup> Argentina, Ley de 2004, artículos 29, 35; Guatemala, Decreto Ley de 1986, artículo 82; Italia, Ley de 2005, artículo 13 1); Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 99 2); y Estados Unidos, INA, artículo 236A a) 5).

<sup>811</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 59 1)-2).

<sup>812</sup> Kenya, Ley de 1973, artículo 3 1); Nigeria, Ley de 1963, artículo 45; Suecia, Ley de 1989, capítulo 12, artículos 4 y 5; y Estados Unidos, INA, artículos 212 a) 8) B), 241 b) 2) F), y 331.

<sup>813</sup> Brasil, Ley de 1980, artículo 93; y Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 36 (modificado por la Ley No. 6 (1980), párr. 10).

<sup>814</sup> Finlandia, Ley de 2004, artículo 168 1) - 2); Italia, Ley No. 40 de 1998, artículo 45 2) b); Noruega, Ley de 1988, artículo 58; y Portugal, Decreto Ley de 1998, artículos 11, y 25 2) e).

<sup>815</sup> Véase, por ejemplo, *Suresh v. Canada*, nota 471 *supra*; *Secretary of State v. Rehman*, Reino Unido, Cámara de los Lores, 3 WLR 877 (2001), 11 de octubre de 2001, *International Law Reports*, vol. 124, E. Lauterpacht (ed.), pág. 511; *Perregaux*, Francia, Consejo de Estado, 13 de mayo de 1977, *International Law Reports*, vol. 74, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 427 a 430. “En mi opinión es imposible que podamos decir que esta decisión del Secretario de Estado de que la deportación del Sr. Chahal tendría como finalidad el orden público por motivos de seguridad nacional fuera irracional, o perversa, o se basara en una mala interpretación de cualquier tipo”. *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Chahal*, Tribunal de Apelaciones de Inglaterra de 22 octubre de 1993, *International Law Reports*, vol. 108, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood, A.G. Oppenheimer (eds.), págs. 363 a 384, en especial pág. 370. “Pero no se trata de una causa ordinaria. Se trata de una causa en que se ve afectada la seguridad nacional; y nuestra historia indica que, cuando el propio Estado está en peligro, las libertades que proclamamos pueden pasar a un segundo plano. Incluso el derecho natural en sí mismo puede sufrir un revés. [...] La deportación por este motivo siempre se ha tratado de forma separada a otros motivos de deportación”. *R. v. Secretary of State for Home Affairs, ex parte Hosenball*, Tribunal de Apelaciones de Inglaterra, 29 de marzo de 1977, *International Law Reports*, vol. 73, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 635 a 651, en especial págs. 638 y 639.

con cuestiones de seguridad nacional planteadas por extranjeros sospechosos de participar en actividades de terrorismo internacional<sup>816</sup>. Las decisiones de los tribunales nacionales pueden indicar las siguientes tendencias con respecto al terrorismo internacional como motivo de seguridad nacional para la expulsión de extranjeros, que también se desprenden en cierta medida de legislación reciente: 1) la seguridad *nacional* con respecto al terrorismo internacional incluye las amenazas directas o indirectas al Estado habida cuenta de la interdependencia que hay en materia de seguridad entre los Estados y del alcance mundial del terrorismo internacional; 2) la *seguridad* nacional incluye no sólo la defensa militar sino también los sistemas democrático, jurídico y constitucional del Estado; 3) una *sospecha* objetivamente razonable de una amenaza basada en el terrorismo internacional es prueba suficiente de un motivo de seguridad nacional para la expulsión, similar a la norma probatoria utilizada para la expulsión de extranjeros en tiempo de conflicto armado; y 4) el daño que conlleve la amenaza debe ser *sustancial* y no insignificante.

374. En este sentido, Lord Slynn de Hadley, en la decisión de la Cámara de los Lores en la causa *Secretary of State v. Rehman*, observó:

“En las condiciones del mundo actual, me parece que la adopción de medidas contra un Estado extranjero puede afectar indirectamente a la seguridad del Reino Unido. Los medios de que disponen los terroristas para atacar a otro Estado y atacar a una actividad internacional o mundial por medio de la comunidad de naciones, cualesquiera que sean los objetivos del terrorista, pueden muy bien repercutir en la seguridad y el bienestar del Reino Unido o de sus ciudadanos ... El requisito de que la cuestión de que se trate pueda constituir ‘directamente’ una amenaza para la seguridad nacional limita demasiado la discrecionalidad del poder ejecutivo para decidir en qué forma es preciso proteger los intereses del Estado, intereses que incluyen no

<sup>816</sup> *A. and others v. Secretary of State for the Home Department; X. and another v. Secretary of State for the Home Department*, Cámara de los Lores, 16 de diciembre de 2004 (Causas Nos. [2004] UKHL 56, [2005] 2 AC 68, [2005] 3 All ER 169); *Suresh v. Canada*, nota 471 *supra*, *Secretary of State v. Rehman*, Cámara de los Lores, Reino Unido, 3 WLR 877 (2001), 11 de octubre de 2001, *International Law Reports*, vol. 124, E. Lauterpacht (ed.), pág. 511); *R. v. Secretary of State*, nota 815 *supra*; Abd al Nasser al Aziz Abd al Affo, et al. v. Commander of I.D.F. Forces in the West Bank, Tribunal Supremo de Israel, 10 de abril de 1988, *International Legal Materials*, vol. 29, 1990, págs. 139 a 181, en especial pág. 140; Oudjit v. Belgian State (Minister of Justice), Consejo de Estado, 10 de julio de 1961, *International Law Reports*, vol. 31, 1966, E. Lauterpacht (ed.), págs. 353 a 355, en especial pág. 353. M. et Mme. Mohammed X., Tribunal Administrativo de Apelaciones de Marsella, 14 de junio de 2004, No. 01MA01625, Publié au Recueil Lebon; Ministre de l’Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c. M. Bouziane, Consejo de Estado, 4 de octubre de 2004; M. Ali A., Consejo de Estado, 18 de marzo de 2005, No. 278615, publicado en Recueil Lebon. En algunos casos parece que la norma de la prueba necesaria para justificar la expulsión por estos motivos no fuera suficiente para sustentar un procedimiento o un proceso de extradición. Por ejemplo, en un asunto reciente, un sospechoso de terrorismo, Mohamed Daki, fue expulsado tras haber sido declarado inocente de las acusaciones de terrorismo por un tribunal italiano. <http://www.repubblica.it/2005/1/sezioni/cronaca/daki/daki/daki.html> (publicado el 10 de febrero de 2006). “Todos son nacionales extranjeros (no del Reino Unido). Contra ninguno se ha incoado un procedimiento penal. En ninguno de los asuntos hay una causa penal en perspectiva”. Cf. *A and others v. Secretary of State for the Home Department*, Reino Unido, Cámara de los Lores, 16 de diciembre de 2004, [2004] UKHL 56.

simplemente la defensa militar sino también la democracia y los sistemas jurídico y constitucional del Estado.”<sup>817</sup>

375. El Tribunal Supremo del Canadá llegó a una conclusión similar en la causa *Suresh v. Canada* al observar que:

“Pese a la validez histórica de insistir en que haya una prueba directa de un peligro específico para el país que deporta, habida cuenta de la evolución de las circunstancias, consideramos que los tribunales pueden llegar en la actualidad a la conclusión de que el apoyo del terrorismo en el exterior aumenta la posibilidad de que haya consecuencias adversas para la seguridad del Canadá: véase *Rehman supra*, per Lord Slynn de Hadley, párrs. 16 y 17. Los instrumentos internacionales deben interpretarse a la luz de las condiciones actuales. Tal vez en un tiempo tuviera sentido sugerir que el terrorismo de un país no conllevaba necesariamente repercusiones para otros países. Pero, tras el año 2001, este planteamiento ya no es válido. [...] Estas consideraciones nos llevan a concluir que una persona constituye un ‘peligro para la seguridad del Canadá’ cuando constituya una grave amenaza para la seguridad del Canadá, sea de forma directa o indirecta, y teniendo en cuenta el hecho de que la seguridad de un país depende a menudo de la seguridad de otros Estados. La amenaza debe ser ‘grave’ en el sentido de que debe fundarse en sospechas objetivamente razonables basadas en pruebas, y en el sentido de que el daño que pueda causarse sea un daño sustancial y no un daño insignificante.”<sup>818</sup>

376. La seguridad nacional como motivo de expulsión de extranjeros también se aborda respecto de categorías específicas de extranjeros, incluidos los residentes a largo plazo, los trabajadores migrantes, los refugiados y los apátridas, como se examina más abajo<sup>819</sup>.

#### e) Interés superior del Estado

377. El interés superior del Estado puede considerarse un factor pertinente para decidir la expulsión de un extranjero por razones de orden público o de bienestar del Estado (*ordre public*), más que un motivo propiamente dicho con arreglo al derecho internacional.

378. Las leyes nacionales contemplan una serie de motivos para expulsar a un extranjero, que pueden agruparse bajo el concepto general del “interés superior del Estado”<sup>820</sup>. En particular, el Estado puede expulsar a un extranjero en el que vea un peligro o una amenaza para los intereses nacionales o públicos<sup>821</sup>, los intereses

<sup>817</sup> *Secretary of State v. Rehman*, Cámara de los Lores, Reino Unido, 3 WLR 877 (2001), 11 de octubre de 2001, *International Law Reports*, vol.124, E. Lauterpacht (ed.), págs. 511 a 550, en especial pág. 534 (Lord Slynn of Hadley).

<sup>818</sup> *Suresh v. Canada*, nota 471 *supra*, págs. 343 a 384, en especial págs. 371 y 372, párrs. 87 y 90.

<sup>819</sup> Véanse las partes X.B.2 a); X.C.2 a); X.E.1 a); y X.F.1.

<sup>820</sup> Véase el Informe preliminar sobre la expulsión de los extranjeros, presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial, *Comisión de Derecho Internacional*, A/CN.4/554, anexo I (Esbozo del plan de trabajo), parte I, II.C.1 c).

<sup>821</sup> Australia, Ley de 1958, artículo 197AD; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 27 1) b), 47 1) b); Brasil, Decreto de 1981, artículo 98, Ley de 1980, artículos 1 a 3, 7, 56 2), 64 y 66; Canadá, Ley de 2001, artículos 34 2), 35 2), 37 2); Chile, Decreto de 1975, artículos 2, 15 1), 63 2), 65 1), 3); China, Reglamento de 1986, artículo 7 6); Guatemala, Reglamento de 1999, artículo 97; Japón, Orden de 1951, artículos 5 14), 24 4) o); Kenya, Ley de 1967, artículo 3 1) g); República de Corea, Ley de 1992, artículo 11 1) 3), 1), 8), Nigeria, Ley de 1963, artículos 19 2),

fundamentales<sup>822</sup>, los intereses substanciales<sup>823</sup>, la dignidad (incluida la de los nacionales del Estado)<sup>824</sup>, la “utilidad”<sup>825</sup> o conveniencia nacional<sup>826</sup>, la necesidad social<sup>827</sup>, la política pública<sup>828</sup> o extranjera<sup>829</sup>, los acuerdos internacionales<sup>830</sup> o las relaciones internacionales con otros Estados<sup>831</sup>, o bien un peligro en términos generales<sup>832</sup>.

379. El Estado puede basar expresamente una decisión tomada en este contexto, en su totalidad o en parte, en sus obligaciones derivadas de los acuerdos internacionales<sup>833</sup>, en sus relaciones diplomáticas<sup>834</sup> o en una consideración de las relaciones internacionales de otros Estados con los que haya concertado acuerdos especiales<sup>835</sup>. El Estado puede procurar expresamente mantener su neutralidad política cuando trate de la expulsión de un extranjero por estas mismas razones<sup>836</sup>. Las razones basadas en el “interés superior del Estado” pueden alegarse también con respecto a un extranjero que sea miembro de una organización cuyas actividades puedan afectar a los intereses del Estado<sup>837</sup>. Además, el interés del Estado puede inferir en las condiciones o las obligaciones impuestas al extranjero al entrar o permanecer en el territorio del Estado<sup>838</sup>. El incumplimiento de las condiciones de entrada en el territorio de un Estado puede constituir *per se* una razón de expulsión, como se considera en la parte VII.A.6.a).

#### f) Violación de la ley

380. Todo extranjero está sujeto a la ley nacional y a la jurisdicción del Estado en el que esté presente, con arreglo al principio de la jurisdicción territorial del Estado<sup>839</sup>.

35 1); Polonia, Ley No. 1775 de 2003, artículos 21 1) 6), 88 1) 5); Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 99 1) c), y Suecia, Ley de 1989, artículo 4.7 2).

<sup>822</sup> Francia, Código, artículo L521-3.

<sup>823</sup> Alemania, Ley de 2004, artículo 55 1).

<sup>824</sup> Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 99 1) c).

<sup>825</sup> Chile, Decreto de 1975, artículos 64, 66.

<sup>826</sup> Brasil, Ley de 1980, artículo 26, y Chile, Decreto de 1975, artículos 64, 66.

<sup>827</sup> Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 38.

<sup>828</sup> Lituania, Ley de 2004, artículos 7 5), 126 1) 3), y Polonia, Ley No. 1775 de 2003, artículos 21 1) 6), 88 1) 5).

<sup>829</sup> Estados Unidos, INA, artículo 212 a) 3) C).

<sup>830</sup> República Checa, Ley de 1999, artículo 9 1).

<sup>831</sup> Chile, Decreto de 1975, artículos 64 3), 66; Finlandia, Ley de 2004, artículo 149, y Honduras, Ley de 2003, artículo 89 3).

<sup>832</sup> República Checa, Ley de 1999, artículo 9 1); Finlandia, Ley de 2004, artículo 11 1) 5), e Italia, Decreto Ley No. 286 de 1998, artículo 4 6), 8; Ley No. 40 de 1998, artículo 4 6).

<sup>833</sup> Italia, Decreto Ley No. 286 de 1998, artículos 4 3), 6), 8, Ley No. 40 de 1998, artículo 4 6), y España, Ley de 2000, artículo 26 1).

<sup>834</sup> Guatemala, Decreto Ley de 1986, artículo 83, y Sudáfrica, Ley de 2002, artículo 29 1) b).

<sup>835</sup> Un ejemplo de acuerdo de este tipo es el Acuerdo de Schengen (*véase* Portugal, Decreto Ley de 1998, artículos 11, 25 1), 2) e)).

<sup>836</sup> Ecuador, Ley de 2004, artículo 3.

<sup>837</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 27 1) b) y 47 1) b).

<sup>838</sup> Australia, Ley de 1958, artículos 197 AB, 197AG; Brasil, Ley de 1980, artículo 109; República de Corea, Ley de 1992, artículo 22, y Estados Unidos, INA, artículo 212 f). Al extranjero se le puede exigir expresamente que no cause un perjuicio a los intereses del Estado cuando ejercite sus derechos y sus libertades (Belarús, Ley de 1993, artículo 3, y China, Ley de 1986, artículo 5).

<sup>839</sup> Como se ha comentado anteriormente, existen categorías especiales de extranjeros, como los diplomáticos, que gozan de privilegios e inmunidades especiales. Estos extranjeros no se consideran en la presente sección. “Al entrar en un Estado, el extranjero queda sujeto a su supremacía territorial, aunque sigue estando sujeto a la supremacía personal de su Estado de origen. Por consiguiente, y salvo que pertenezca a una de las categorías (como los diplomáticos) sometidas a normas especiales, está sujeto a la jurisdicción del Estado en que se encuentre, y es

El incumplimiento de la ley nacional del Estado territorial puede ser un motivo válido para la expulsión. En la Unión Europea la validez de este motivo ha sido reconocida en la práctica de los Estados<sup>840</sup> y en las publicaciones al respecto<sup>841</sup>. En algunos casos, entre los motivos que justifican la expulsión puede incluirse la actividad ilegal del extranjero en un Estado que no sea el Estado territorial<sup>842</sup>.

381. Se ha expresado la opinión de que la expulsión de un extranjero es una medida que se adopta para proteger los intereses del Estado territorial, más que para sancionar al extranjero<sup>843</sup>. Si bien una actividad delictiva puede constituir un motivo para expulsar a un extranjero, su expulsión tiene que basarse en la necesidad de proteger los intereses del Estado territorial, más que en una voluntad de sanción.

---

responsable ante él de todos los actos que cometa en su territorio ... Como quiera que un extranjero está sujeto a la supremacía territorial del Estado local, éste puede aplicar sus leyes a los extranjeros que se encuentren en su territorio, y dichos extranjeros deben respetar y cumplir esas leyes". Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim's International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, págs. 904 y 905 (se omiten las citas).

<sup>840</sup> “Los sistemas de derecho interno examinados revelan una coherencia quizás relativa en su elección de motivos para la expulsión. Por lo general, un extranjero puede ser deportado si reúne una o más de las condiciones siguientes: ... 4. Participación en actividades delictivas [...] la práctica del Estado acepta que la expulsión está justificada ... cuando se ha participado en actividades delictivas ...” Guy S. Goodwin-Gill, *International Migration Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, págs. 255 y 262. “Es muy frecuente que se ordene la deportación de un extranjero ... por causa de su comportamiento delictivo”. Richard Plender, *Internacional Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publisher, 1988, págs. 468 y 482, No. 119 (por referencia a Dinamarca, Ley No. 226 de extranjeros de 8 de junio de 1983, artículo 25 1); Noruega, Ley de extranjeros de 1956, artículo 13 l) d); Portugal, Decreto Ley 264-B181, artículo 42; Suecia, Ley de extranjeros (*Utlanningslag*) No. 376 de 1980, Prop. 1979/80:96, artículo 40, y Turquía, Ley sobre la residencia y el viaje de los extranjeros, No. 5683 de 15 de julio de 1980, artículo 22).

<sup>841</sup> “Es un hecho aceptado que la expulsión está justificada cuando tiene por causa actividades que incumplen la ley local; además, el contenido de dicha ley local es algo que depende exclusivamente del Estado que procede a la expulsión”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 206 (se omiten las citas). Véanse también *Regles internationales*, nota 56 *supra*, artículo 28, párrs. 5 y 6.

<sup>842</sup> “En algunos países, como por ejemplo Bélgica y Luxemburgo, puede ordenarse la expulsión por delitos cometidos en el extranjero, pero es de suponer que sólo cuando se ha dictado sentencia”. Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, Nueva York, The Banks Law Publishing Co., 1915, pág. 52.

<sup>843</sup> “En última instancia la deportación no tiene por objeto sancionar a la persona, sino que se concibe principalmente como medio de liberar al país que la dispone de la presencia de una persona que se considera indeseable ...” John Fischer Williams, “Denationalization”, *British Yearbook of International Law*, vol. 8, 1927, págs. 45 a 61, en especial págs. 58 y 59. “La expulsión es una medida destinada principalmente a proteger los intereses del Estado. En lo esencial no se toma para sancionar al extranjero, aunque evidentemente sus efectos pueden ser devastadores”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 257. “La expulsión, por lo menos en teoría, no es una sanción sino una medida administrativa consistente en una orden del Gobierno que impone a un extranjero la salida del país”. Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim's International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, pág. 945 (se omiten las citas). “La expulsión de un extranjero no es una sanción, sino un acto ejecutivo que comprende una orden intimidando al extranjero a salir del Estado”. Shigeru Oda, “Legal Status of Aliens”, in Sørensen, Max (dir.), *Manual of Public International Law*, New York, St. Martin's Press, 1968, págs. 481 a 495, en especial pág. 482. “L'expulsion, n'étant pas une peine, doit être exécutée avec tous les ménagements possibles, en tenant compte de la situation particulière de la personne” [“La expulsión no es una pena y debe ejecutarse con todas las precauciones posibles, teniendo en cuenta la situación particular de la persona”]. *Regles internationales*, nota 56 *supra*, artículo 17.

No obstante, la expulsión o la deportación pueden ordenarse para sancionar un delito cometido por un extranjero con arreglo al derecho penal nacional —y no a la ley que regula la inmigración— del Estado interesado<sup>844</sup>. Debe observarse que con el procedimiento penal puede aplicarse una ley substantiva o de procedimiento distinta de la que se aplica en un procedimiento de expulsión. La relación entre ambos procedimientos puede variar según la ley nacional del Estado.

382. En la Unión Europea el recurso a la expulsión como sanción está sujeto a varias limitaciones<sup>845</sup>. Con arreglo al artículo 33 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, la expulsión no puede imponerse como sanción a ciudadanos de la Unión o a sus familiares, salvo que esta medida satisfaga los requisitos de otras disposiciones de la misma Directiva que permiten la expulsión por razones de política pública, seguridad pública o salud pública.

“Artículo 33 – Expulsión como pena o medida accesoria

1. El Estado miembro de acogida sólo podrá emitir una orden de expulsión del territorio como pena o medida accesoria a una pena de privación de libertad, cuando dicha orden cumpla los requisitos de los artículos 27<sup>846</sup>, 28<sup>847</sup> y 29<sup>848</sup>.

<sup>844</sup> “En particular, como un Estado tiene derecho a sancionar a un extranjero que comete una grave violación de sus leyes mientras se encuentra en su territorio, en algunos casos esta sanción puede incluir la expulsión o la deportación del extranjero que haya sido declarado culpable de un delito grave.” Louis B. Sohn y T. Buerghenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, pág. 89. “Cabe señalar las características siguientes de la reciente evolución del ejercicio de la facultad de expulsión: se aplica como sanción accesoria contra el extranjero que ha cometido un delito de gravedad ...” Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizen Abroad or the Law of International Claims*, New York, The Banks Law Publishing Co., 1915, pág. 55.

<sup>845</sup> Un análisis de las cuestiones relativas a la expulsión como doble sanción en el derecho nacional y en la práctica de los Estados miembros de la Unión Europea (Bélgica, Dinamarca, Francia, Alemania, Italia, Portugal y el Reino Unido) figura en *La double peine*, les Documents de travail du Sénat, France, série Législation comparée, Division des études de législation comparée du Service des Etudes Juridiques, No. LC 117, febrero de 2003.

<sup>846</sup> Véase *supra*, parte VII.A.6 c).

<sup>847</sup> Este artículo dice lo siguiente:

“Protección contra la expulsión

1. Antes de tomar una decisión de expulsión del territorio por razones de orden público o seguridad pública, el Estado miembro de acogida deberá tener en cuenta, en particular, la duración de la residencia del interesado en su territorio, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en el Estado miembro de acogida y la importancia de los vínculos con su país de origen.
2. El Estado miembro de acogida no podrá tomar una decisión de expulsión del territorio contra un ciudadano de la Unión Europea o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, que haya adquirido un derecho de residencia permanente en su territorio, excepto por motivos graves de orden público o seguridad pública.
3. No se podrá adoptar una decisión de expulsión contra un ciudadano de la Unión, excepto si la decisión se basa en motivos imperiosos de seguridad pública, tal que definidos por los Estados miembros, cuando éste:
  - a) Haya residido en el Estado miembro de acogida durante los 10 años anteriores, o
  - b) Sea menor de edad, salvo si la expulsión es necesaria en interés del niño, tal como establece la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.”

<sup>848</sup> Véase la parte VII.A.6 g). Esta disposición detalla las enfermedades que pueden justificar la expulsión por motivos de salud pública.

2. Cuando una orden de expulsión de las contempladas en el apartado 1 vaya a ejecutarse más de dos años después de haberse dictado, el Estado miembro deberá comprobar la actualidad y realidad de la amenaza para el orden público o la seguridad pública que representa el interesado y examinar cualquier cambio material de circunstancias que pudiera haberse producido desde el momento en que se emitió la orden de expulsión<sup>849</sup>.”

383. El incumplimiento de las leyes nacionales del Estado territorial, incluidas las penales, es motivo de expulsión para la legislación de varios Estados. Puede<sup>850</sup>, o no<sup>851</sup> exigirse que el Tribunal que ha dictado el fallo condenatorio pertenezca al Estado que procede a la expulsión. En cuanto a la norma penal sustantiva, la ley pertinente puede: 1) exigir expresamente que sea la del Estado que procede a la expulsión<sup>852</sup>; 2) indicar las normas específicas cuya violación sea motivo de expulsión<sup>853</sup>; 3) reconocer las violaciones de la ley de un Estado extranjero<sup>854</sup>, comparándolas a veces con la ley del Estado que procede a la expulsión<sup>855</sup>, ó 4) sin especificar una norma penal particular, evaluarla o clasificarla en función de la ley del Estado que procede a la expulsión<sup>856</sup>.

384. Las leyes nacionales de algunos Estados no especifican el tipo de violación o procedimiento que pueden dar lugar a la expulsión por este motivo<sup>857</sup>. En cambio, las leyes de otros prevén la expulsión como sanción para determinadas conductas. Por ejemplo, si el extranjero ha contribuido a hacer entrar a otros extranjeros de manera clandestina o ilegal (dejando aparte los casos de tráfico de personas por razones morales), o si el extranjero pertenece a una organización dedicada a esta actividad<sup>858</sup>, la ley pertinente podrá: 1) considerar que esto es motivo suficiente para la expulsión<sup>859</sup>; 2) exigir que se haya dictado una sentencia penal para que puedan alegarse estos motivos<sup>860</sup>; 3) indicar las sanciones que acompañen a la

<sup>849</sup> Corrigendum de la Directiva 2004/38/CE, nota 745 *supra*, artículo 33.

<sup>850</sup> Argentina, Ley de 2004, artículos 29 f) a g), 62 b); Australia, Ley de 1958, artículos 201 a), 203 1) a); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 57 1) h), y Chile, Decreto de 1975, artículos 64 1), 66.

<sup>851</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 29 c); Australia, Ley de 1958, artículo 201 a) c), y Canadá, Ley de 2001, artículo 36 1) a 3).

<sup>852</sup> Australia, Ley de 1958, artículo 250 1); Belarús, Ley de 1998, artículos 14, 28, Ley de 1993, artículo 20 3); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 27 1) a), 47 1) a); Japón, Orden de 1951, artículo 5 4), 8), 9) a 2); República de Corea, Ley de 1992, artículos 11 1) 2), 1) 8), 46 2), 67 1), 89 1) 5); Polonia, Ley No. 1775 de 2003, artículo 88 1) 9), y España, Ley de 2000, artículo 57 7) a 8).

<sup>853</sup> Australia, Ley de 1958, artículo 203 1) c); Dinamarca, Ley de 2003, artículo 22 iv) a vi), y Alemania, Ley de 2004, artículo 53 2).

<sup>854</sup> Colombia, Ley, artículo 89 7); Japón, Orden de 1951, artículo 5 4), y Kenya, Ley de 1967, artículo 3 1) d).

<sup>855</sup> Canadá, Ley de 2001, artículo 36 2) b) a c); Federación de Rusia, Ley No. 115-FZ de 2002, artículos 7 6), 9 6), 18 9) 6), Ley de 1996, artículos 26 3), 27 3), y España, Ley de 2000, artículo 57 2).

<sup>856</sup> Chile, Decreto de 1975, artículos 15 3), 16 1), 65 1).

<sup>857</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 27 1) a), 47 1) a), y Suiza, Ley Federal de 1931, artículo 10 4).

<sup>858</sup> Canadá, Ley de 2001, artículo 37 1) b).

<sup>859</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 29 c); Brasil, Ley de 1980, artículos 124 XII) a XIII), 127; Alemania, Ley de 2004, artículos 53 3), 54 2); Grecia, Ley de 2001, artículo 44 1) a); Hungría, Ley de 2001, artículo 32 1) c); Italia, Decreto Ley No. 286 de 1998, artículos 4 3), 8, y Paraguay, Ley de 1996, artículos 108 2), 111. Un Estado puede eximir explícitamente de la expulsión por estos motivos a ciertas clases de personas, como los religiosos y los diplomáticos (Italia, Decreto Ley No. 286 de 1998, artículos 4 3), 8).

<sup>860</sup> Alemania, Ley Básica, artículos 53 3), 54 2), y Grecia, Ley de 2001, artículo 44 1) a).

expulsión<sup>861</sup>, ó 4) imputar una responsabilidad legal al extranjero, sin imponerle expresamente la expulsión<sup>862</sup>. En los casos en que no se haya producido la entrada ilegal de personas, la legislación pertinente podrá especificar que la expulsión tendrá lugar cuando se ejecute la sentencia impuesta<sup>863</sup>. Estos motivos de expulsión pueden hacerse valer para todos los familiares del extranjero<sup>864</sup>.

385. Cuando la legislación permite la expulsión del extranjero después de la sentencia<sup>865</sup>, puede ocurrir que se establezca un límite en cuanto a la gravedad de la sanción<sup>866</sup>. En tales casos la expulsión podrá: 1) imponerse como sanción independiente o combinada<sup>867</sup>; 2) anular o sustituir una sentencia de privación de libertad o de otro tipo, o coincidir con la misma<sup>868</sup>; 3) ordenarse su ejecución

<sup>861</sup> Brasil, Ley de 1980, artículos 124 XII) a XIII), 125-27, y Paraguay, Ley de 1996, artículos 108 2), 111.

<sup>862</sup> Belarús, Ley de 1998, artículo 26.

<sup>863</sup> Chile, Decreto de 1975, artículos 69, 87; Francia, Código, artículos L621-1, L624-2, L624-3; Italia, Decreto Ley No. 286 de 1998, artículo 16 4), 8); Paraguay, Ley de 1996, artículos 108 2), 111, y Estados Unidos, INA, artículo 276 c).

<sup>864</sup> Brasil, Ley de 1980, artículo 26 2).

<sup>865</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 64 a) b); Australia, Ley de 1958, artículo 200, 201 a) a c); Austria, Ley de 2005, artículo 3.54 2) 2); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 47 4), 57 1) h); Canadá, Ley de 2001, artículo 36 1) a) a c); China, Disposiciones de 1992, artículos I i), II i) a ii); Colombia, Ley, artículo 89 1); Dinamarca, Ley de 2003, artículo 22; Finlandia, Ley de 2004, artículo 149 2); Francia, Código, artículo L521-2; Grecia, Ley de 2001, artículo 44 1) a); Japón, Orden de 1951, artículos 5 4), 24 4) g), i); Kenya, Ley de 1967, artículo 3 1) d); República de Corea, Ley de 1992, artículo 46 1) 11); Noruega, Ley de 1988, artículo 29 b) a c); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 37 f); Paraguay, Ley de 1996, artículos 6, 7 3), 81 5); Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 25 2) c); España, Ley de 2000, artículo 57 1); Suecia, Ley de 1989, capítulo 4, artículos 2 3) y 7; Suiza, Código Penal, artículo 55 1), y Estados Unidos, INA, artículos 101 a) 48), a) 50) f) 7);. Esta norma puede incluir un requisito en el sentido de que el delito sea de un tipo o calidad determinados, como el blanqueo de dinero o un acto delictivo premeditado o intencional (Argentina, Ley de 2004, artículos 29 c), 62 b); Brasil, Decreto de 1981, artículo 101, Ley de 1980, artículo 67; Alemania, Ley de 2004, artículos 53 1)-2), 54 1); Hungría, Ley de 2001, artículo 32 1) e); Japón, Orden de 1951, artículos 5 9)-2, 24 4) f), 4)-2); Nigeria, Ley de 1963, artículo 18 1) c); Polonia, Ley No. 1775 de 2003, artículo 88 1) 9), y Estados Unidos, INA, artículos 212 a) 2), 237 a) 2), 238 c)).

<sup>866</sup> Argentina, Ley de 2004, artículos 29 c), 62 b); Australia, Ley de 1958, artículo 201 a)-c); Austria, Ley de 2005, artículo 3.54 2) 2); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 47 4), 57 1) h); Canadá, Ley de 2001, artículo 36 1) b)-c); Dinamarca, Ley de 2003, artículo 22; Finlandia, Ley de 2004, artículo 149 2); Francia, Código, artículo L521-2; Alemania, Ley de 2004, artículos 53 1)-2), 54 1)-2); Grecia, Ley de 2001, artículo 44 1) a); Hungría, Ley de 2001, artículo 32 1) e); Japón, Orden de 1951, artículos 5 4), 24 4) g), i); Noruega, Ley de 1988, artículo 29 b)-c); Paraguay, Ley de 1996, artículos 6 4), 7 3), 81 5); Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 25 2) c); España, Ley de 2000, artículo 57 2), 7); Suecia, Ley de 1989, capítulo 4, artículo 7; Suiza, Código Penal, artículo 55 1), y Estados Unidos, INA, artículo 101 a) 50) f) 7). Cuando la expulsión vaya precedida de una sentencia promulgada en el Estado que efectúa la expulsión, la prueba de la severidad de la pena impuesta puede aplicarse al fallo del tribunal sentenciador (Australia, Ley de 1958, artículo 201 a)-c), y Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 57 1) h)). Cuando la sentencia haya sido dictada por un tribunal extranjero, la Ley pertinente podrá considerar la sentencia que habría aplicado a la violación el Estado que efectúa la expulsión (Argentina, Ley de 2004, artículos 29 c), 62 b); Canadá, Ley de 2001, artículo 36 1) b)-c); Hungría, Ley de 2001, artículo 32 1) e); Noruega, Ley de 1988, artículo 29 b)-c); Paraguay, Ley de 1996, artículo 7 3)), y España, Ley de 2000, artículo 57 2).

<sup>867</sup> China, Ley de 1978, artículo 35, disposiciones de 1998, artículo 336; disposiciones de 1992, artículo 1 i), y República de Corea, Ley de 1992, artículo 46 1).

<sup>868</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 64 a)-c); Italia, Decreto Ley No. 286 de 1998, artículo 16 1), 4), 8) y 9); Japón, Orden de 1951, artículos 62 3)-5), 63; República de Corea, Ley de 1992, artículo 85 2); España, Ley de 2000, artículos 53, 57 1), 7), y Suiza, Código Penal, artículo 55 2) a 4).



después de que el extranjero haya cumplido una sentencia de privación de libertad o de otro tipo<sup>869</sup> o cumpla cualquier otra forma de detención que tenga que ver de hecho o en potencia con un proceso penal<sup>870</sup>, ó 4) ordenarse por la misma razón por la que se ha sentenciado al extranjero a una pena que no incluye la expulsión, o cuando la sentencia no fue seguida de expulsión por otro motivo<sup>871</sup>.

386. Según la legislación nacional pertinente, esta clase de motivos también puede hacerse valer si el extranjero: 1) ha sido condenado o declarado culpable de otra violación<sup>872</sup>, ha sido imputado<sup>873</sup> o acusado<sup>874</sup> de otra violación, es objeto de una orden de búsqueda<sup>875</sup>, o procesado<sup>876</sup> por otra violación, o ha sido sorprendido en el acto de cometer otra violación<sup>877</sup>; 2) ha cometido<sup>878</sup> o se sospecha que ha cometido<sup>879</sup> una violación; 3) tiene antecedentes penales<sup>880</sup>; 4) manifiesta<sup>881</sup>, se dedica a<sup>882</sup>,

- <sup>869</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 62 b); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 47 4); Chile, Decreto de 1975, artículo 57; China, disposiciones de 1992, artículos II ii), VI i), disposiciones de 1998, artículo 336; Francia, Código, artículo L541-1; Honduras, Ley de 2003, artículo 89 1); Japón, Orden de 1951, artículos 62 3), 63 2); República de Corea, Ley de 1992, artículos 84 2), 85 1)-2), 86 2); Paraguay, Ley de 1996, artículos 81 5), 111; Polonia, Ley No. 1775 de 2003, artículo 8 1) 9); España, Ley de 2000, artículo 57 8); Suiza, Código Penal, artículo 55 4), y Estados Unidos, INA, artículo 238 a) 1).
- <sup>870</sup> Australia, Ley de 1958, artículo 250 3)-5), y Belarús, Ley de 1998, artículo 14.
- <sup>871</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 47 4), 57 1) g)-h), y Colombia, Ley, artículo 89 1).
- <sup>872</sup> Australia, Ley de 1958, artículos 200, 203 1); Brasil, Ley de 1980, artículo 66; Colombia, Ley, artículo 89 7); Honduras, Ley de 2003 89 1); Paraguay, Ley de 1996, artículo 6 5), y Sudáfrica, Ley de 2002, artículo 29 1) b). Esta norma puede incluir un requisito en el sentido de que el delito sea de un tipo o calidad determinados, como el blanqueo de dinero o un acto delictivo premeditado o intencional (Austria, Ley de 2005, artículo 3.54 2); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 57 1) g); Canadá, Ley de 2001, artículo 36 1) a)-b), 2) a)-b); Chile, Decreto de 1975, artículo 15 3), 16 1), 63 1), 64 1), 65 1)-2), 66; Francia, Código, artículos L.511-1 5), L.541-1; Grecia, Ley de 2001, artículo 44 1) a); Federación de Rusia, Ley No. 115-FZ de 2002, artículos 7 5), 9 5), 18 9) 5); España, Ley de 2000, artículo 57 2), 7)-8); Suiza, Ley Federal de 1931, artículo 10 1), y Estados Unidos, INA, artículos 101 a) 50) f) 8). La posibilidad de apelación o revisión puede afectar a la posibilidad de que la condena sirva de motivo para la expulsión (Compárese con la Ley 2005 de Austria, artículo 3.54 2) 1), que permite efectuar la expulsión aunque el fallo no sea definitivo, con la Ley 1963 de Nigeria, artículo 21 2)), que no permite efectuar la deportación en cumplimiento de una recomendación de expulsión hasta tanto no se hayan agotado todos los recursos posibles contra la condena.
- <sup>873</sup> Austria, Ley de 2005, artículo 3.54 2) 2), y Chile, Decreto de 1975, artículos 15 3), 16 1), 64 1), 65 1), 66.
- <sup>874</sup> Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 37 f).
- <sup>875</sup> Sudáfrica, Ley de 2002, artículo 29 1) b).
- <sup>876</sup> Brasil, Ley de 1980, artículo 66.
- <sup>877</sup> Austria, Ley de 2005, artículo 3.54 2) 2), y Japón, Orden de 1951, artículo 5 4) 8).
- <sup>878</sup> China, Ley de 1978, artículo 35; República de Corea, Ley de 1992, artículos 67 1), 89 1) 5), y Estados Unidos, INA, artículo 212 a) 2) A). La legislación pertinente puede incluir expresamente un acto cometido fuera del territorio del Estado (Belarús, Ley de 1998, artículo 28).
- <sup>879</sup> Este acto puede estar tipificado expresamente (Belarús, Ley de 1998, artículo 14; República de Corea, Ley de 1992, artículo 11 1) 2), 1) 8)), y Portugal, Decreto Ley de 1998, Artículo Ley 25 2) d) o no estar (Australia, Ley de 1958, artículo 250 1), y Belarús, Ley de 1993, artículo 20 3)).
- <sup>880</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 29 c); Alemania, Ley de 2004, artículo 53 1); Paraguay, Ley de 1996, artículo 6 5); Federación de Rusia, Ley No. 115-FZ de 2002, artículos 7 6), 9 6), 18 9) 6), Ley de 1996 artículos 26 3), 27 3), y Estados Unidos, INA, artículos 212 a) 2) B).
- <sup>881</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 62 b).
- <sup>882</sup> Chile, Decreto de 1975, artículos 15 2), 17, 63 2), 65 1), 3).

participa en<sup>883</sup>, tiene el propósito de<sup>884</sup>, o está predispuesto a<sup>885</sup> cometer actos delictivos o adoptar una conducta delictiva; 5) ha sido expulsado del Estado o de otro Estado en cumplimiento de determinadas normas penales<sup>886</sup>, o 6) es miembro de una organización de la que se cree que se dedica a actividades delictivas<sup>887</sup>.

387. La expulsión de un extranjero por estos motivos puede depender: 1) de que el extranjero fuera ciudadano en el momento de cometer el acto<sup>888</sup>, haya sido autorizado para permanecer o residir en el territorio del Estado<sup>889</sup>, haya sido indultado o se haya anulado la sentencia pertinente<sup>890</sup>, o haya sido rehabilitado<sup>891</sup>; 2) del tiempo que llevaba residiendo en el territorio del Estado en el momento que cometió el acto<sup>892</sup>; 3) de que la ley del Estado que procede a la expulsión prevea un trato especial para las personas de la nacionalidad del extranjero<sup>893</sup>; 4) de que el Estado del extranjero mantenga una relación especial con el Estado que procede a la expulsión<sup>894</sup>, o 5) del medio por el que el extranjero llegó al país, o de su localización en la fecha de autos<sup>895</sup>.

388. La legislación nacional puede declarar de modo expreso que el momento en que se pronunció la condena del extranjero no tiene nada que ver con la fecha de entrada en vigor de la ley<sup>896</sup>, y puede<sup>897</sup> o no<sup>898</sup> considerar que el hecho de que el extranjero entrara en el país con la ayuda de una persona u organización dedicada a una actividad ilegal es motivo de inadmisibilidad.

<sup>883</sup> Honduras, Ley de 2003, artículo 89 2); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 37 b), y Suecia, Ley de 1989, capítulo 3, artículo 4 2).

<sup>884</sup> Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 25 2) e), y Suecia, Ley de 1989, capítulo 4, artículos 2 3), 7 y 11.

<sup>885</sup> Paraguay, Ley de 1996, artículo 6 7).

<sup>886</sup> Japón, Orden de 1951, artículo 5 5)-2).

<sup>887</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 57 l) g); Canadá, Ley de 2001, artículo 37 1)-2), y Sudáfrica, Ley de 2002, artículo 29 1) e).

<sup>888</sup> Australia, Ley de 1958, artículos 201 a)-b), 203 1) a)-b), 7), 204 1)-2), 250 1)-3), y Brasil, Ley de 1980, artículos 74 y 75, 76 1).

<sup>889</sup> Austria, Ley de 2005, artículo 3.54 2); Australia, Ley de 1958, artículos 201 b), 204; Dinamarca, Ley de 2003, artículo 22; Japón, Orden de 1951, artículos 5 9)-2, 24 4)-2; Paraguay, Ley de 1996, artículo 6 4)-5); España, Ley de 2000, artículo 57 5), 7); Suecia, Ley de 1989, capítulo 4, artículo 2 3), y Estados Unidos, INA, artículo 238 b).

<sup>890</sup> Canadá, Ley de 2001, artículo 36 3) b).

<sup>891</sup> Canadá, Ley de 2001, artículo 36 3) c).

<sup>892</sup> Austria, Ley de 2005, artículo 3.54 2) 2); Australia, Ley de 1958, artículo 201 b); Dinamarca, Ley de 2003, artículo 22; Paraguay, Ley de 1996, artículo 81 5), y Suecia, Ley de 1989, artículo 4.2 3). El periodo de encarcelamiento del extranjero puede afectar al cálculo de este periodo (Australia, Ley de 1958, artículo 204).

<sup>893</sup> Australia, Ley de 1958, artículo 201 b) ii).

<sup>894</sup> Sudáfrica, Ley de 2002, artículo 29 1) b).

<sup>895</sup> Australia, Ley de 1958, artículo 250 1).

<sup>896</sup> Australia, Ley de 1958, artículos 201 a), 203 1) a).

<sup>897</sup> Australia, Ley de 1958, artículo 250 1) a)

<sup>898</sup> Canadá, Ley de 2001, artículo 37 2) b).

389. Numerosas causas en tribunales nacionales han dado lugar a la expulsión de extranjeros convictos<sup>899</sup> de haber cometido delitos graves<sup>900</sup>.

390. Así pues, diríase que la práctica de los Estados reconoce la validez de este motivo para la expulsión. Sin embargo, existen discrepancias en la práctica de los Estados con respecto a algunos elementos de esta motivación que podrían requerir una consideración más detenida de: 1) una violación suficientemente grave de la ley nacional; 2) la clase de conducta ilegítima en lo que respecta a la planificación, la preparación, la incitación, la conspiración o la comisión de una violación de este tipo<sup>901</sup>; 3) el requisito probatorio de esta conducta ilegítima, que va desde la simple sospecha al fallo definitivo<sup>902</sup>; 4) el derecho del extranjero a rechazar las

<sup>899</sup> En 1933 se pidió al Tribunal Supremo del Canadá que determinase si una persona que había cumplido enteramente su pena de prisión o se había beneficiado de un indulto (prerrogativa real de gracia) podía ser declarada proscrita o indeseable y expulsada sobre la base de dicha declaración. El Tribunal sostuvo que el cumplimiento de una sanción por la comisión de un acto criminal no excluía la posibilidad de la deportación de la persona en un procedimiento administrativo ulterior. *In the Matter of a Reference as to the Effect of the Exercise by His Excellency the Governor General of the Royal Prerogative of Mercy upon Deportation Proceedings*, Referencia al Tribunal Supremo del Canadá, 15 y 29 de marzo de 1933, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1933 y 1934, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 135, págs. 328 a 330. Véase también la Sentencia No. 58 de la Corte Costituzionale de Italia, 1995 (que declara inconstitucional una disposición para expulsar a extranjeros que hayan cumplido una pena de prisión resultante de una sentencia penal, cuando no se ha determinado su constante peligrosidad); Sentenza No. 62, Italia, La Corte Costituzionale, 24 de febrero de 1994 (confirmando la constitucionalidad de la suspensión de una pena a menos de tres años de cárcel, expulsando en cambio al extranjero condenado).

<sup>900</sup> *Ceskovic v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs*, Tribunal Federal, Sala General, 13 de noviembre de 1979, *International Law Reports*, vol. 73, E. Lauterpacht (ed.), C.J. Greenwood, págs. 627 a 634 (condenado por delitos de violencia, incluido un disparo intencional con ánimo de causar daños corporales graves); *Deportation to U. Case*, República Federal de Alemania, Tribunal Administrativo Superior (Oberverwaltungsgericht) del Rin-Palatinado, República Federal de Alemania, 16 de mayo de 1972, *International Law Reports*, vol. 73, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 613 a 617 (condena por homicidio); *Urban v. Minister of the Interior*, Tribunal Supremo de Sudáfrica, Distrito Provincial de El Cabo, 30 de abril de 1953, *International Law Reports*, 1953, H. Lauterpacht (ed.), págs. 340 a 342; *Homeless Alien (Germany) Case*, nota 702 *supra*, págs. 507 y 508 (“Un nacional de un país extranjero que haya sido declarado culpable de un delito es expulsado, por regla general, a su Estado de origen”). En la causa *Leocal v. Ashcroft*, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos determinó que los delitos de conducción en estado de ebriedad similares al cometido en Florida, que no tengan un componente *mens rea* y requieran solamente una manifestación de negligencia en el manejo del vehículo, no pueden considerarse “delito de violencia” con arreglo a la Ley sobre la Deportación (*Leocal v. Ashcroft, Attorney General, et al.*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Sección Decimoprimera, 9 de noviembre de 2004, No. 03-5830). En algunos casos, los tribunales nacionales han considerado que una condena por un delito grave cometido fuera del Estado territorial es razón suficiente para mantener una orden de expulsión, por consideraciones de orden público. Véase la parte VII.A.6 c).

<sup>901</sup> “El Estado puede expulsar de su territorio a cualquiera que cometa actos prohibidos por sus leyes, o que pueda considerarse justamente un violador en potencia de, o proclame su oposición a, dichas leyes, independientemente de la opinión que tenga su propio Estado acerca de su conducta efectiva o prevista”. Charles 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. 234 (se omite la cita).

<sup>902</sup> “La causa más frecuente de expulsión es quizás la condena por un delito. Todos los países se reservan este derecho, aunque de ordinario sólo se recurre a él en casos flagrantes, cuando la presencia del extranjero puede poner en peligro la seguridad pública. Cuando la necesidad pública es de magnitud suficiente, y especialmente cuando el delito es de carácter político, la

alegaciones de conducta ilegítima<sup>903</sup>, y 5) la necesidad de un procedimiento propio para la determinación de la violación de la ley nacional y la expulsión del extranjero<sup>904</sup>.

391. La condena por un delito también puede constituir, en determinadas condiciones, un factor que justifique una expulsión por las razones de orden público o de seguridad nacional examinadas en las partes VII.A.6 c) y d).

#### g) Salud y seguridad públicas

392. Se puede considerar que la salud y la seguridad públicas son factores pertinentes para determinar la expulsión de un extranjero por razones de orden público o bienestar de un Estado (*ordre public*), más que motivos propiamente dichos conforme al derecho internacional.

393. La salud y la seguridad públicas son reconocidas como motivo válido de expulsión de extranjeros en la Unión Europea, las legislaciones nacionales<sup>905</sup> y las publicaciones especializadas<sup>906</sup>. Un Estado puede tener una discreción bastante amplia para determinar si existen motivos de salud y seguridad públicas que justifiquen la expulsión de un extranjero<sup>907</sup>.

---

expulsión puede producirse por orden ejecutiva, sin necesidad de una sentencia judicial.” Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, New York, The Banks Law Publishing Co., 1915, pág. 52. “Las facultades de expulsión o deportación pueden ejercerse si la conducta o las actividades del extranjero admitido en el Estado violan ciertas normas básicas. Esta conducta o actividades son las siguientes: ... 2. Condena por un delito de carácter grave ...” Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, págs. 90 y 91.

<sup>903</sup> “Para reducir al mínimo el uso cruel y arbitrario del poder, numerosos tratados entre Estados disponen ... que la persona expulsada tendrá la oportunidad de exculparse de las acusaciones en su contra ...” Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, New York, The Banks Law Publishing Co., 1915, pág. 56.

<sup>904</sup> “Se ha sostenido que no es posible ejercer a un mismo tiempo el derecho al enjuiciamiento penal y el derecho a deportar o expulsar. Los procedimientos han de ser sucesivos”. *Ibid.*, pág. 52 (en referencia a *U.S. v. Lavoie*, 182 Rep. Fed. 943, y en referencia también al caso de Mgr. Montagnini en Francia, 14 *Revue Générale de droit international public* (1907), 175; J. Challamel in *Journal des Debats*, 12 de marzo de 1907, reimpreso en 34 *Clunet* (1907), págs. 331 a 334).

<sup>905</sup> “Es muy común que se pueda ordenar la deportación de un extranjero en interés de la salud pública ...” Richard Plender, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, págs. 467 y 468 (en referencia al artículo 7 6) de la Ley de 15 de diciembre de 1980 de Bélgica; el artículo 32 del capítulo 52 modificado de la Ley sobre la inmigración S.C.1976-77 del Canadá; el artículo 10 de la *Auslandergesetz* (Ley de extranjería) BGBI. 1965 I, 353, de 28 de abril de 1965, de la República Federal de Alemania; el artículo 9 de la Ley de 28 de marzo de 1972 de Luxemburgo; el artículo 17 de la Ley de 1963 de Nigeria; el artículo 9 de la Ley de 28 de marzo de 1972 y el artículo 42 del Decreto Ley No. 264-B181 de Portugal).

<sup>906</sup> “Se puede ejercer la facultad de expulsar o deportar si la conducta o las actividades de un extranjero, después de haber sido admitido en el Estado, violan determinadas normas básicas. Entre esas conductas o actividades se pueden citar las siguientes: ... 3. Realizar actividades ... que son perjudiciales para ... la salud pública ...” Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, págs. 90 y 91.

<sup>907</sup> “En el caso *Hockbaum*, decidido en 1934 por el Tribunal Arbitral de la Alta Silesia, se sostuvo que cuando la expulsión se basa en motivos de seguridad pública, por regla general el Tribunal no revisa la decisión de las autoridades competentes del Estado: *Decisions of the Tribunal*, vol. 5, No. 1, pág. 20ff; AD, 7 (1933-34), No. 134; ZöV, 5 (1935), págs. 653 a 655. Véase

394. En los últimos años, la epidemia del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) ha planteado problemas nuevos con respecto a la expulsión de extranjeros por consideraciones de salud pública. Se ha señalado que la circulación internacional de personas ha contribuido a la propagación mundial de la epidemia<sup>908</sup>. El hecho de que una persona esté infectada con el VIH/SIDA puede ser un problema de salud pública válido para denegar la admisión de extranjeros<sup>909</sup>. Pero se han planteado dudas en cuanto a si esas restricciones de viaje están justificadas.

“La Organización Mundial de la Salud ha sostenido durante mucho tiempo que el VIH/SIDA no constituye una amenaza para la salud pública. La infección por el VIH no es como ciertas afecciones psicopáticas en las que el paciente es *incapaz* de controlar su comportamiento y por esa razón constituye un peligro potencial para los demás miembros de la sociedad. La infección por el VIH tampoco es una enfermedad infecciosa como la tuberculosis, en la que independientemente de toda la diligencia que pueda poner la persona afectada, es probable que haga correr riesgos a los demás, por ejemplo mediante la transmisión de bacterias por el aire. Aunque no existen pruebas sólidas que hagan pensar que los costos relacionados con el VIH/SIDA justifican las restricciones de viaje, los legisladores y administradores tienen la percepción contraria; los obstáculos para viajar parecen estar aumentando, no sólo con respecto a quienes tratan de migrar de modo permanente sino también para quienes viajan por razones de trabajo o estudios.

En este contexto, los controles previos para detectar el VIH parecen cumplir dos funciones, ninguna de las cuales está dictada por la salud o la economía. Desde el punto de vista de un público desinformado y aprensivo, ante el cual los representantes elegidos quieren dar la impresión de que ‘están haciendo algo’, esos controles previos parecen un modo bastante fácil y necesario de erigir una defensa contra la propagación de la enfermedad y proteger el erario público. Pero, en realidad, sus limitaciones con respecto a la prevención de la transmisión del VIH son de todos conocidas, en particular el ‘margen de incertidumbre’ entre la posible infección y el desarrollo de anticuerpos, y la consabida renuencia de los Estados a someter a pruebas a los

---

también *Re Rizzo and Others (No. 2)*, ILR, 22 (1955), págs. 500 y 507; *Agee v. UK* (1976), *Decisions and Reports of the European Commission of Human Rights*, 7, pág. 164; *R v. Secretary of State for Home Affairs, ex parte Hosenball* [1977] 3 All ER 452”. Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, pág. 944, nota 16.

<sup>908</sup> “Salvo la contribución relativamente reducida de la sangre y los productos sanguíneos a la epidemia mundial, la propagación del VIH se debe en gran medida al desplazamiento de personas”. Véase Mary Haour-Knipe y Richard Rector (eds.), *Crossing Borders: Migration, Ethnicity and AIDS*, Londres/Bristol, Taylor & Francis, 1996, pág. viii.

<sup>909</sup> “Un Estado puede exigir a una persona que pretenda entrar en su territorio un certificado médico de buena salud o un certificado de inoculación contra determinadas enfermedades contagiosas. Ese documento debe cumplir la reglamentación nacional del Estado en el que se intenta entrar, que normalmente se basa en reglamentaciones sanitarias internacionales de una organización general o regional de salud. Esas reglamentaciones se aplican en particular a todos los viajeros o a los que llegan de regiones determinadas y su propósito es impedir la propagación de esas enfermedades. ... Las reglamentaciones de la Organización Mundial de la Salud establecen las medidas de cuarentena que pueden adoptar los Estados miembros con respecto a cuatro enfermedades, a saber, el cólera, la peste, la fiebre amarilla y la viruela. ... A esa lista de enfermedades contagiosas se ha añadido ahora el SIDA (síndrome de inmunodeficiencia adquirida)”. Louis B. Sohn y T. Buerghenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders, Studies in Transnational Legal Policy*, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, pág. 64.

ciudadanos que regresan del extranjero, incluso de zonas de ‘alto riesgo’. Pero cualquier programa de control previo plantea otros problemas, como los recelos despertados, la tentación de comunicar historiales médicos inexactos o de infringir la confidencialidad y las dificultades prácticas de seguimiento, en su caso. Como ha señalado un comentarista, los países que exigen la realización de la prueba del VIH suelen aceptar el reasentamiento de refugiados que padecen enfermedades que probablemente causen gastos públicos mucho más elevados que los que pueda producir un paciente con VIH, y ello invalida bastante el argumento en favor de los controles previos por motivos económicos.”<sup>910</sup>

395. Se plantea la cuestión de si se puede expulsar a un extranjero que padezca esa enfermedad por motivos de salud y seguridad públicas. Cabe señalar que la discreción de un Estado con respecto a los controles de inmigración por motivos de salud pública puede ser más amplia para la exclusión de los extranjeros que para su expulsión<sup>911</sup>. Esa cuestión puede necesitar que se examinen los derechos humanos que asisten al extranjero<sup>912</sup>. Los criterios pertinentes parecerían incluir el estado de la enfermedad del extranjero y las condiciones médicas o la posibilidad de tratamiento en el Estado de la nacionalidad al que presuntamente se expulsaría al extranjero<sup>913</sup>.

396. Dentro de la Unión Europea, las consideraciones de salud pública se reconocen como motivo válido para expulsar a ciudadanos de la Unión y sus familiares. Las razones de salud pública se mencionan en el artículo 27 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, que se reproduce en la parte VII.A.6 c). En el artículo 29 de la misma Directiva se dan indicaciones respecto de las enfermedades que pueden justificar una expulsión por razones de

<sup>910</sup> Guy S. Goodwin-Gill, “AIDS and HIV, Migrants and Refugees: International Legal and Human Rights Dimensions”, en Mary Haour-Knipe y Richard Rector (eds.), *Crossing Borders: Migration, Ethnicity and AIDS*, Londres/Bristol, Taylor & Francis, 1996, págs. 50 a 69, en especial págs. 63 y 64 (se omiten las citas, con comillas en el original).

<sup>911</sup> “Los Estados también tienen una amplia discreción para establecer los motivos de la deportación o expulsión de quienes hayan penetrado en el territorio nacional. En la práctica, los motivos para proceder a la expulsión suelen ser más limitados que los motivos para prohibir la entrada. Contraer una enfermedad contagiosa mientras se esté en el territorio nacional tiene menos posibilidades de constituir *per se* un motivo para la deportación, por ejemplo, aunque la misma enfermedad hubiera muy bien podido impedir la admisión inicial si se hubiera desarrollado antes de la entrada”. David A. Martin, “The Authority and Responsibility of States” en Alexander T. Aleinikoff y V. Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003, págs. 31 a 45, en especial pág. 34.

<sup>912</sup> Véase Stephanie Palmer, “AIDS, Expulsion and Article 3 of the European Convention on Human Rights”, *European Human Rights Law Review*, vol. 5, 2005, págs. 533 a 540; Guy S. Goodwin-Gill, “AIDS and HIV, Migrants and Refugees: International Legal and Human Rights Dimensions”, en Mary Haour-Knipe y Richard Rector (eds.), *Crossing Borders: Migration, Ethnicity and AIDS*, Londres/Bristol, Taylor & Francis, 1996, págs. 50 a 69.

<sup>913</sup> “Se plantea un problema importante en referencia a la legislación de los derechos humanos: ¿devolver a una persona a un país en el que puede no tener acceso a servicios de salud adecuados constituye un trato inhumano o degradante? El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha examinado esas cuestiones en varias causas. Casi siempre se ha autorizado el retorno ... Los raseros parecerían ser pues la situación de la enfermedad y las condiciones en el país de origen ... Por último, los casos en los que no ciudadanos impugnan la expulsión por motivos de enfermedad o falta de servicios en el país de origen sólo tienen posibilidades de prosperar en circunstancias especiales”. Peter Van Krieken, “Health and Migration: The Human Rights and Legal Context” en Alexander T. Aleinikoff y V. Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003, págs. 289 a 302, en especial págs. 299, 301 y 302 (se omite la cita).

salud pública. Cabe señalar que las enfermedades contraídas durante los tres meses siguientes a la fecha de llegada de la persona al territorio del Estado de acogida no pueden justificar una expulsión. El artículo 29 dispone lo siguiente:

“1. Las únicas enfermedades que podrán justificar una medida que limite la libertad de circulación serán las enfermedades con potencial epidémico como se definen en los instrumentos correspondientes de la Organización Mundial de la Salud, así como otras enfermedades infecciosas o parasitarias contagiosas siempre que sean, en el país de acogida, objeto de disposiciones de protección para los nacionales.

2. Las enfermedades que sobrevengan en el período de tres meses siguiente a la fecha de llegada no podrán justificar la expulsión del territorio.

3. Si existen indicios graves que lo justifiquen, un Estado miembro podrá someter a los beneficiarios del derecho de residencia, en los tres meses siguientes a la fecha de su llegada, a un reconocimiento médico gratuito para que se certifique que no padecen las enfermedades mencionadas en el apartado 1. Dichos reconocimientos médicos no podrán exigirse con carácter sistemático.”

397. También cabe señalar el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (1996), que trataba de las deportaciones dentro de los crímenes contra la humanidad (apartado g) del artículo 18)<sup>914</sup>. En el comentario a esa disposición se mencionan “la salud o el bienestar públicos” como factores pertinentes que se han de tomar en consideración al evaluar el carácter arbitrario de una deportación<sup>915</sup>.

398. Las legislaciones nacionales de diversos Estados reconocen como motivo válido de expulsión de los extranjeros las consideraciones de salud pública. Un Estado puede expulsar a un extranjero, o denegarle la entrada, cuando padezca: 1) una enfermedad incluida en una lista o enumeración<sup>916</sup> o una enfermedad que sea hereditaria (o que afecte a la familia)<sup>917</sup>, incapacitadora<sup>918</sup>, crónica<sup>919</sup>, epidémica, infecciosa, contagiosa o transmisible<sup>920</sup> o que haga indeseable la presencia del

<sup>914</sup> La redacción de ese proyecto de disposición decía: “Por crimen contra la humanidad se entiende la comisión sistemática o en gran escala e instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo de cualquiera de los actos siguientes: ... g) Deportación o traslado forzoso de poblaciones, con carácter arbitrario”. Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (1996), apartado g) del artículo 18, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1996, vol. II, segunda parte, A/51/10, pág. 122.

<sup>915</sup> “La expresión ‘con carácter arbitrario’ se utiliza para excluir los actos cometidos por motivos legítimos, como la salud o el bienestar públicos, de manera compatible con el derecho internacional”. Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (1996), párrafo 13 del comentario al artículo 18, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1996, vol. II, segunda parte, A/51/10, pág. 132.

<sup>916</sup> Belarús, Ley de 1998, artículos 14, 15 y 20; Chile, Decreto de 1975, artículos 15 5), 64 4), 65 1) y 66; China, Reglamento de 1986, artículos 7 4) y 20; Grecia, Ley de 2001, artículo 44 1) c); Japón, Orden de 1951, artículos 5 1) y 7 4); Federación de Rusia, Ley No. 115-FZ de 2002, artículos 7 13), 9 13) y 18 9); y Sudáfrica, Ley de 2002, artículo 29 1) a).

<sup>917</sup> Brasil, Decreto de 1981, artículo 52 II); y Paraguay, Ley de 1996, artículos 6 3) y 7 2).

<sup>918</sup> Brasil, Decreto de 1981, artículo 52 III).

<sup>919</sup> Paraguay, Ley de 1996, artículos 6 3) y 7 2).

<sup>920</sup> China, Reglamento de 1986, artículos 7 4) y 20; Japón, Orden de 1951, artículos 5 1) y 7 4); República de Corea, Ley de 1992, artículos 11 1) 1), 1) 8) y 46 1) 2); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 37 d); Paraguay, Ley de 1996, artículos 6 1) y 7 1); Federación de Rusia, Ley No. 115-FZ de 2002, artículos 7 13), 9 13) y 18 9); Sudáfrica, Ley de 2002, artículo 29 1) a); y Estados Unidos, INA, artículos 212 a) 1) A) y 232 a).

extranjero por razones médicas<sup>921</sup>; 2) VIH/SIDA<sup>922</sup>, tuberculosis<sup>923</sup>, lepra<sup>924</sup> o enfermedades venéreas<sup>925</sup>; 3) defectos físicos<sup>926</sup>; 4) una enfermedad o discapacidad mental<sup>927</sup> o retraso mental<sup>928</sup>; 5) alcoholismo o drogadicción, o haga un uso indebido de drogas<sup>929</sup>; 6) vejez<sup>930</sup>; o 7) un estado grave de salud<sup>931</sup>. Un Estado puede hacerlo igualmente si un extranjero: 1) amenaza la salud del público<sup>932</sup>, o de la fauna del territorio del Estado<sup>933</sup>; 2) procede de una región con problemas epidemiológicos<sup>934</sup>; 3) no reúne criterios o condiciones de salud determinados<sup>935</sup>; 4) probablemente supondrá una carga excesiva para los servicios de salud del Estado<sup>936</sup>; o 5) no presenta certificados de vacunación<sup>937</sup>.

399. Al extranjero se le puede exigir que se someta a un reconocimiento médico<sup>938</sup> (que puede implicar detención)<sup>939</sup> o que tenga fondos suficientes para costear sus

<sup>921</sup> Kenya, Ley de 1967, artículo 3 1) c) ii); y Nigeria, Ley de 1963, artículo 50 d).

<sup>922</sup> China, Reglamento de 1986, artículos 7 4) y 20; Federación de Rusia, Ley No. 115-FZ de 2002, artículos 7 13), 9 13) y 18 9); y Estados Unidos, INA, artículos 212 a) 1) A) i), g) 1) y 232 a).

<sup>923</sup> China, Reglamento de 1986, artículos 7 4) y 20.

<sup>924</sup> China, Reglamento de 1986, artículos 7 4) y 20.

<sup>925</sup> China, Reglamento de 1986, artículos 7 4) y 20.

<sup>926</sup> Brasil, Decreto de 1981, artículo 52 IV). Un Estado puede considerar pertinentes sólo los defectos físicos que supongan una amenaza para el orden público (Estados Unidos, INA, artículos 212 a) 1) A) iii), g) 3) y 232 a)).

<sup>927</sup> Puede ser cualquier enfermedad o discapacidad mental (Brasil, Decreto de 1981, artículo 52 I); China, Reglamento de 1986, artículos 7 4) y 20; Kenya, Ley de 1967, artículo 3 1) b); República de Corea, Ley de 1992, artículos 11 1) 5), 1) 8) y 46 1) 2); Nigeria, Ley de 1963, artículos 18 1) b) y 39 1) y 2); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 37 e)) o sólo una que: 1) impida discernir entre lo correcto y lo incorrecto (Japón, Orden de 1951, artículo 5 2)); 2) provoque una alteración del comportamiento (Paraguay, Ley de 1996, artículos 6 2) y 7 1)); 3) debilite de otro modo (Paraguay, Ley de 1996, artículos 6 3) y 7 2)); o 4) afecte al orden público o lo ponga en peligro (Suiza, Ley Federal de 1931, artículo 10 1) c) y 2); y Estados Unidos, INA, artículos 212 a) 1) A) iii), g) 3) y 232 a)).

<sup>928</sup> Paraguay, Ley de 1996, artículos 6 3) y 7 2).

<sup>929</sup> Brasil, Decreto de 1981, Artículo 52 V); República de Corea, Ley de 1992, artículos 11 1) 1), 1) 8) y 46 1) 2); Paraguay, Ley de 1996, artículos 6 6) y 7 4); Federación de Rusia, Ley No. 115-FZ, artículos 7 13), 9 13) y 18 9); y Estados Unidos, INA, artículos 101 a) 50) f) 1), 212 a) 1) A) iv), 232 a) y 237 a) 2) B) ii).

<sup>930</sup> Paraguay, Ley de 1996, artículo 35 b).

<sup>931</sup> Paraguay, Ley de 1996, artículo 35 b); compárese con Francia, Código, artículo L521-3 5), que no permite expulsar cuando hacerlo tendría consecuencias excepcionalmente graves para la salud del extranjero.

<sup>932</sup> Belarús, Ley de 1998, artículos 14, 15 y 20 y Ley de 1993, artículos 20 2) y 25 1); Brasil, Decreto de 1981, artículo 101 y Ley de 1980, artículo 67; Canadá, Ley de 2001, artículo 38 1) a); República Checa, Ley de 1999, artículo 9 1); Dinamarca, Ley de 2003, artículo 25 ii); Finlandia, Ley de 2004, artículos 11 1) 5) y 168 1) y 2); Alemania, Ley de 2004, artículo 55 2) 5); Honduras, Ley de 2003, artículo 89 3); Italia, Ley No. 40 de 1998, artículo 45 2) b); República de Corea, Ley de 1992, artículos 11 1) 1), 1) 8) y 46 1) 2); Lituania, Ley de 2004, artículo 7 5); Madagascar, Ley de 1962, artículo 13; Panamá, Decreto Ley de 1960, artículos 18, 36 (modificado por la Ley No. 6 de 1980, párr. 10) y 38; Polonia, Ley No. 1775 de 2003, artículo 21 1) 5); y Federación de Rusia, Ley de 1996, artículos 25.10 y 27.

<sup>933</sup> Belarús, Ley de 1998, Artículo 20.

<sup>934</sup> Belarús, Ley de 1998, artículo 20; e Italia, Decreto Ley de 1996, artículo 4 2).

<sup>935</sup> Brasil, Ley de 1980, artículos 7 V) y 26.

<sup>936</sup> Canadá, Ley de 2001, artículo 38 1) c) y 2).

<sup>937</sup> Estados Unidos, INA, artículos 212 a) 1) A) ii), B), g) 2) y 232 a).

<sup>938</sup> Belarús, Ley de 1998, artículo 20; Japón, Orden de 1951, artículos 7 1) y 9; Kenya, Ley de 1967, artículo 3 1) c) i); Nigeria, Ley de 1963, artículo 50 d); y Estados Unidos, INA, artículos 232 a) y 240 c) 1) B).

<sup>939</sup> Estados Unidos, INA, artículo 232 a).



gastos médicos<sup>940</sup>. La expulsión de un extranjero por ese motivo se puede ver afectada: 1) por el cumplimiento de lo que dispongan las autoridades sanitarias del Estado por parte del extranjero<sup>941</sup>; o 2) por la existencia de un acuerdo o relación especial entre el Estado del extranjero y el Estado que procede a la expulsión<sup>942</sup>. Los lazos familiares con nacionales del Estado pueden afectar<sup>943</sup> o no<sup>944</sup> a la situación del extranjero en relación con el presente apartado, mientras que los motivos en él contemplados puede hacerse extensivos a toda la familia del extranjero<sup>945</sup>. El presente apartado puede aplicarse expresamente a los extranjeros que se consideran residentes transitorios<sup>946</sup>.

400. Debe observarse que algunos tribunales nacionales han sostenido que los extranjeros que sufren enfermedades graves no pueden ser expulsados cuando esa expulsión constituya una violación de los derechos humanos, como se examina en la parte VII.C.3 c).

#### h) La moral y las buenas costumbres

401. La moral y las buenas costumbres han sido reconocidas como motivo válido para expulsar a extranjeros en el derecho de los tratados, la práctica de los Estados<sup>947</sup> y las publicaciones especializadas<sup>948</sup>.

402. El párrafo 1 del artículo 3 del Convenio Europeo de Establecimiento dispone lo siguiente:

“Los nacionales de cualquier Parte Contratante que residan legalmente en el territorio de otra Parte únicamente podrán ser expulsados cuando amenacen la seguridad nacional o atenten contra el orden público o las buenas costumbres.”

403. La expulsión por motivos relacionados con la moral y las buenas costumbres está contemplada en la legislación nacional de varios Estados. Así, un Estado puede expulsar a un extranjero que haya favorecido o promovido la prostitución u otra explotación sexual<sup>949</sup> o la trata de

<sup>940</sup> Hungría, Ley de 2001, artículo 4 1) d); y Lituania, Ley de 2004, artículo 7 3).

<sup>941</sup> Grecia, Ley de 2001, artículo 44 1) c).

<sup>942</sup> Finlandia, Ley de 2004, artículo 168 1) y 2); e Italia, Ley No. 40 de 1998 artículo 45 2) b).

<sup>943</sup> Canadá, Ley de 2001, artículo 38 2); Paraguay, Ley de 1996, artículos 7 y 35 b); y Estados Unidos, INA, artículo 212 a) 1) B) y g) 1).

<sup>944</sup> Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 38.

<sup>945</sup> Brasil, Ley de 1980, artículo 26 2).

<sup>946</sup> Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 36 (modificado por Ley No. 6 de 1980, párrafo 10); y Estados Unidos, INA, artículo 232 a).

<sup>947</sup> “Es muy común que se pueda ordenar la deportación de un extranjero ... por causa de (su) conducta inmoral (incluidas, la prostitución y la utilización de estupefacientes) ...”. Richard Plender, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, págs. 467 y 468 (en referencia, entre otros, a: Dinamarca, Ley de Extranjería No. 226 de 8 de junio de 1983, artículo 25 2) y Nigeria, Ley de 1963, artículo 17 l) g) y h)).

<sup>948</sup> “Se puede ejercer la potestad de expulsar o deportar si la conducta o las actividades de un extranjero, después de haber sido admitido en el Estado, infringen determinadas normas básicas. Entre esas conductas o actividades se pueden citar las siguientes: ... 3. Entregarse a actividades ... que son perjudiciales para ... las buenas costumbres ...” Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, págs. 90 y 91.

<sup>949</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 29 h); Grecia, Ley de 2001, artículo 44 1) a); Italia, Decreto Ley No. 286 de 1998, artículos 4 3) y 8; Japón, Orden de 1951, artículos 5 7) y 24 4) j); Kenya, Ley de 1967, artículo 3 1) e); Nigeria, Ley de 1963, artículo 18 1) h) y 3) a) y e) a g); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 37 a); Paraguay, Ley de 1996, artículo 6 6); y Estados Unidos, INA, artículos 212 a) 2) D) ii) y 278.

personas<sup>950</sup>, o haya obtenido beneficios de ellas. Un Estado puede hacerlo igualmente si un extranjero: 1) se dedica a la prostitución permanente u ocasionalmente<sup>951</sup>; 2) participa de otro modo en comportamientos sexuales prohibidos<sup>952</sup> o en delitos sexuales<sup>953</sup>; 3) ha traficado con órganos humanos<sup>954</sup>; 4) ha obtenido beneficios<sup>955</sup> de las drogas utilizadas como estupefacientes o de otras sustancias psicotrópicas o psicogénicas, ha participado en el contrabando<sup>956</sup>, el comercio o el tráfico<sup>957</sup> o la producción de ellas<sup>958</sup>, las ha poseído<sup>959</sup> o se ha visto implicado de otro modo con ellas<sup>960</sup>; 5) ha raptado a menores o ha hecho que éstos participen en actividades ilícitas de otro modo<sup>961</sup>; 6) ha cometido delitos de violencia doméstica<sup>962</sup>; o 7) se ha dedicado al juego o ha obtenido ingresos importantes del juego<sup>963</sup>.

404. Conforme a la legislación de algunos Estados, la expulsión por motivos relacionados con la moral y las buenas costumbres se puede aplicar a un extranjero que: sea miembro de una organización que participe en la trata de personas<sup>964</sup> o el tráfico de drogas<sup>965</sup>; cause daño o amenace a las buenas costumbres nacionales o

<sup>950</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 29 h); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 57 1) g); Chile, Decreto de 1975, artículos 15 2), 17, 63 2) y 65 1) a 3); Hungría, Ley de 2001, artículo 46 2); Japón, Orden de 1951, artículos 2 7), 5 7) – 2 y 24 4) c); y Estados Unidos, INA, artículos 212 a) 2) D) ii), H) i) y 278.

<sup>951</sup> Austria, Ley de 2005, artículo 3.53 2) 3); China, Reglamento de 1986, artículo 7 3); Japón, Orden de 1951, artículos 5 7), 24 4) j) y 62 4); Kenya, Ley de 1967, artículo 3 1) e); Nigeria, Ley de 1963, artículo 18 1) g) y 3) g); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 37 a); Paraguay, Ley de 1996, artículo 6 6); y Estados Unidos, INA, artículo 212 a) 2) D) i).

<sup>952</sup> Italia, Decreto Ley No. 286 de 1998, artículos 4 3) y 8 a).

<sup>953</sup> Grecia, Ley de 2001, artículo 44 1) a).

<sup>954</sup> Paraguay, Ley de 1996, artículo 6 6).

<sup>955</sup> Paraguay, Ley de 1996, artículo 6 6).

<sup>956</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 27 1) b) y 47 1) b); y Hungría, Ley de 2001, artículo 32 1) b).

<sup>957</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 57 1) g); Chile, Decreto de 1975, artículos 15 2), 17, 63 2) y 65 1) a 3); Reglas de 1986 de China, artículo 7 3); Alemania, Ley de 2004, artículo 54 3); Grecia, Ley de 2001, artículo 44 1) a); Hungría, Ley de 2001, artículo 46 2); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 37 a); Paraguay, Ley de 1996, artículo 6 6); y Ley de 2002 de Sudáfrica, artículo 29 1) b); y Estados Unidos, INA, artículo 212 a) 2) C).

<sup>958</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 27 1) b) y 47 1) b); Alemania, Ley de 2004, artículo 54 3); y Hungría, Ley de 2001, artículo 32 1) b).

<sup>959</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 27 1) b) y 47 1) b); y Japón, Orden de 1951, artículo 5 6).

<sup>960</sup> Dinamarca, Ley de 2003, artículo 22 iv); Alemania, Ley de 2004, artículo 53 2); Italia, Decreto Ley No. 286 de 1998, artículos 4 3) y 8); Japón, Orden de 1951, artículos 5 5) y 24 4) h); y Estados Unidos, INA, artículos 212 a) 2) A) i) II), h) y 237 a) 2) B).

<sup>961</sup> Grecia, Ley de 2001, artículo 44 1) a); Italia, Decreto Ley No. 286 de 1998, artículos 4 3) y 8); Japón, Orden de 1951, artículo 2 7) b) y c); Nigeria, Ley de 1963, artículo 18 1) h) ii) a iv), 3) b) a d) y f); y Estados Unidos, INA, artículo 212 a) 10) C). Los Estados Unidos pueden eximir a un funcionario público extranjero de la aplicación de ese motivo por decisión discrecional del Secretario de Estado, o si el niño se encuentra en un Estado parte en la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, hecha en La Haya el 25 de octubre de 1980 (Estados Unidos, INA, artículo 212 a) 10) C) iii) II) y III)).

<sup>962</sup> Francia, Código, artículo L541-4; y Estados Unidos, INA, artículo 237 a) 2) E).

<sup>963</sup> Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 37 b); y Estados Unidos, INA, artículo 101a) 50) f) 4) y 5).

<sup>964</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 27 1) c) y 47 1) c); y Canadá, Ley de 2001, artículo 37 1) b).

<sup>965</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 27 1) b) y 47 1) b); y Hungría, Ley de 2001, artículo 32 1) b).

públicas<sup>966</sup>; cometa un delito de inmoralidad<sup>967</sup>; ofenda gravemente las buenas costumbres<sup>968</sup>; se entregue a una conducta inmoral<sup>969</sup> o no tenga un buen carácter moral<sup>970</sup>; opere en un entorno moralmente inferior<sup>971</sup>; sea incapaz de llevar una vida decente<sup>972</sup>; o tenga la intención de dedicarse al vicio comercializado<sup>973</sup>.

405. Ese motivo se puede aplicar después de que haya dado comienzo el procedimiento penal<sup>974</sup> o después de que el extranjero haya cometido el acto o haya infringido la legislación pertinente<sup>975</sup>. La legislación pertinente puede prever sanciones además de la expulsión<sup>976</sup> o especificar que la expulsión se producirá: 1) después de que el extranjero haya cumplido una condena u otro tipo de detención<sup>977</sup>; o 2) si la condena del extranjero no incluye la expulsión<sup>978</sup>.

406. La expulsión de un extranjero por motivos relacionados con la moral y las buenas costumbres puede depender en parte de: 1) su condición de residente<sup>979</sup> o la condición de residentes de sus familiares<sup>980</sup>; 2) que el extranjero reúna las condiciones para estar exento del requisito de visado u otros requisitos parecidos<sup>981</sup>; 3) el tiempo que lleve viviendo el extranjero en el territorio del Estado en el momento de cometer el acto<sup>982</sup>; 4) que el extranjero haya entrado en el territorio del Estado antes de que se evidencien los motivos de expulsión<sup>983</sup>; 5) que el extranjero

<sup>966</sup> Brasil, Decreto de 198, artículo 101 y Ley de 1980, artículos 64 y 67; Chile, Decreto de 1975, artículos 15 2), 17, 63 2) y 65 1) a 3); República de Corea, Ley de 1992, artículo 11 1) 4) y 1) 8); Madagascar, Ley de 1962, artículo 13; Panamá, Decreto Ley de 1960, artículos 18 y 38; y Federación de Rusia, Ley de 1996, artículo 25.10.

<sup>967</sup> Estados Unidos, INA, artículo 212 a) 2) A) i) I) y ii).

<sup>968</sup> Suiza, Reglamento de 1949, artículo 16 2).

<sup>969</sup> Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 37 a).

<sup>970</sup> Estados Unidos, INA, artículo 101 a) 50) f).

<sup>971</sup> Paraguay, Ley de 1996, artículo 6 7).

<sup>972</sup> Suecia, Ley de 1989, capítulo 2, artículo 4. En Suecia se puede conceder al extranjero un permiso de residencia de duración limitada en vez de un permiso de residencia ordinario, habida cuenta del estilo de vida que se espera adopte el extranjero (Suecia, Ley de 1989, capítulo 2, artículo 4 b)).

<sup>973</sup> Estados Unidos, INA, artículo 212 a) 2) A) i) I) y iii).

<sup>974</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 29 h); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 57 1) g); Brasil, Decreto de 1981, artículo 101 y Ley de 1980, artículo 67; Dinamarca, Ley de 2003, artículo 22 iv); Alemania, Ley de 2004, artículo 53 2); Grecia, Ley de 2001, artículo 44 1) a); Japón, Orden de 1951, artículos 5 5) y 24 4) h); Sudáfrica, Ley de 2002, artículo 29 1) b); y Estados Unidos, INA, artículos 101 a) 50) f) 5) y 237 a) 2) B) i) y E).

<sup>975</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 29 h); Austria, Ley de 2005, artículo 3.53 2) 3); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 27 1) b) y c) y 47 1) b) y c); Brasil, Ley de 1980, artículo 64; Alemania, Ley de 2004, artículo 54 3); Hungría, Ley de 2001, artículo 32 1) b); Italia, Decreto Ley No. 286 de 1998, artículos 4 3) y 8; Japón, Orden de 1951, artículos 5 6) y 24 4) h); Nigeria, Ley de 1963, artículo 18 1) g) y h) y 3) a) a g); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 37 a); Paraguay, Ley de 1996, artículo 6 6) y 7); y Estados Unidos, INA, artículos 101 a) 50) f) 3) y 212 a) 2) C) y D).

<sup>976</sup> Italia, Decreto Ley No. 286 de 1998, artículo 12 3 ter), Ley No. 40 de 1998, artículo 10 3) y Decreto Ley de 1996, artículo 8 1); y Estados Unidos, INA, artículo 278.

<sup>977</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 47 4).

<sup>978</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 57 1) g).

<sup>979</sup> Austria, Ley de 2005, artículo 3.53 2) 3); Dinamarca, Ley de 2003, artículo 22 iv); Italia, Decreto Ley No. 286 de 1998, artículo 12; y Estados Unidos, INA, artículo 212 h).

<sup>980</sup> Estados Unidos, INA, artículo 212 h) 1) B).

<sup>981</sup> Austria, Ley de 2005, artículo 3.53 2) 3).

<sup>982</sup> Austria, Ley de 2005, artículo 3.53 2) 3); Dinamarca, Ley de 2003, artículo 22 iv); y Estados Unidos, INA, artículo 212 h).

<sup>983</sup> China, Reglamento de 1986, artículo 7 3); compárese con Kenya, Ley de 1967, artículo 3 1) e) y con Nigeria, Ley de 1963, artículo 18 1) h), en los que se considera que existen motivos con

represente una amenaza para los intereses nacionales<sup>984</sup>; 6) la implicación de extranjeros de un Estado que no tenga un acuerdo ni una relación especial con el Estado que expulsa<sup>985</sup>; 7) la condición de víctima de la trata de personas del extranjero cuando comete el acto<sup>986</sup>; u 8) la condición de residente con carácter transitorio<sup>987</sup>. Los familiares a cargo del extranjero pueden ser expulsados conforme a este apartado si existen motivos para expulsar al extranjero<sup>988</sup>.

407. Los tribunales nacionales de algunos Estados han confirmado la expulsión de extranjeros por motivos relacionados con la moral y las buenas costumbres<sup>989</sup>.

#### i) Motivos económicos

408. Se puede considerar que las razones económicas son un factor pertinente para determinar la expulsión de un extranjero por razones de orden público o bienestar de un Estado (*ordre public*), más que un motivo propiamente líder conforme al derecho internacional. Sin embargo, las razones económicas no se aceptan como consideración válida para la expulsión de ciudadanos de la Unión Europea, aunque hayan sido reconocidas como motivo justificado para la expulsión de extranjeros en las legislaciones nacionales de varios Estados<sup>990</sup>.

409. El Protocolo del Convenio Europeo de Establecimiento reconoce que las razones económicas pueden ser una de las posibles consideraciones para la expulsión de extranjeros por motivos de orden público. El Protocolo contiene una

---

independencia de que el acto se haya cometido antes o después de la entrada del extranjero en el territorio del Estado, y con Estados Unidos, INA, artículo 212 a) 2) D) i) a iii), según el cual motivos existen si el extranjero se dedicó a la prostitución en los 10 años anteriores a su entrada en el territorio de los Estados Unidos o pretende ejercer esa actividad durante su estancia en él.

<sup>984</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 27 1) b).

<sup>985</sup> Italia, Decreto Ley de 1996, artículo 8 1).

<sup>986</sup> Canadá, Ley de 2001, artículo 37 2) b); y Japón, Orden de 1951, artículos 5 7)-2 y 24 4) a).

<sup>987</sup> Japón, Orden de 1951, artículo 24 4).

<sup>988</sup> Estados Unidos, INA, artículo 212 a) 2) C) ii) y H) ii) y iii).

<sup>989</sup> Véanse por ejemplo *Re Th. and D.*, Consejo de Estado, Egipto, 16 de marzo de 1953, *International Law Reports*, 1951, H. Lauterpacht (ed.), Caso No. 92, págs. 301 y 302, en especial pág. 302 (“En el artículo 2 2) del Decreto Ley de 22 de junio de 1938, se incluye entre los motivos que justifican la expulsión el haber cometido un acto contrario a la moral pública y los demandantes han cometido un acto que ciertamente lo es, un acto que va contra la ley divina y humana; si la expulsión se basa en ese motivo, está justificada en derecho sin lugar a dudas”) (en relación con el concubinato); *Hecht v. McFaul and Attorney-General of the Province of Quebec*, Tribunal Superior de Quebec, 26 de enero de 1961, *International Law Reports*, vol. 42, E. Lauterpacht (ed.), págs. 226 a 229 (expulsión por condena por delitos de inmoralidad). Véase también *Brandt v. Attorney-General of Guyana and Austin*, Tribunal de Apelaciones de Guyana, 8 de marzo de 1971, págs. 450 a 496, en especial pág. 460 (“Lo que no es ‘propicio al bien público’ de un país podía consistir no sólo en oponerse a la paz y el orden, sino también a sus ‘intereses sociales’ y ‘materiales’, abarcando de ese modo un ámbito más amplio que la limitada categoría de ‘la paz y el orden’”).

<sup>990</sup> “Los ordenamientos jurídicos internos examinados muestran una coherencia, quizás poco notable, en su elección de motivos para la expulsión. Generalmente, un extranjero podrá ser objeto de deportación si pertenece a una o más de las siguientes categorías: ... 3. Convertirse en una ‘carga pública’, lo que incluye la enfermedad y ‘vivir de la seguridad social’”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 255. Véase también *Règles internationales*, nota 56, *supra* artículo 46. “Por norma general, sólo se recurre a la expulsión cuando la persona ha cometido un delito o se ha convertido en una carga para las finanzas públicas”. Atle Grahl-Madsen, *Commentary on the Refugee Convention 1951 (Articles 32 and 33)*, 1963, publicado por la División de Protección Internacional del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 1997, *ad artículo 33*, párr. 2).

definición de “orden público” que incluye los casos de extranjeros que sean incapaces de costear su estancia en el país o pretendan trabajar ilegalmente.

“El concepto de ‘orden público’ se entenderá en el sentido amplio generalmente aceptado en los países continentales. Una Parte Contratante puede, por ejemplo, excluir a un nacional de otra Parte por razones políticas, o si existen motivos para creer que es incapaz de costear su estancia o pretende emplearse en una ocupación remunerada sin los permisos necesarios.”<sup>991</sup>

410. En cambio, en el marco de la Unión Europea la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 prohíbe la expulsión de ciudadanos de la Unión y miembros de sus familias por motivos de orden público, seguridad pública o salud pública para alcanzar fines económicos<sup>992</sup>. En el párrafo 3 del artículo 14, la Directiva dispone además lo siguiente:

“El recurso a la asistencia social del Estado miembro de acogida de un ciudadano de la Unión o de un miembro de su familia no tendrá por consecuencia automática una medida de expulsión.”

411. Por lo que se refiere a ese último punto, en el párrafo 16 del preámbulo de la misma Directiva se indica lo siguiente:

“Los beneficiarios del derecho de residencia no podrán ser expulsados mientras no se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida. Por ello, el recurso a la asistencia social no podrá tener por consecuencia automática una medida de expulsión. Conviene que el Estado miembro de acogida examine si tal recurso obedece a dificultades temporales y que tenga en cuenta la duración de la residencia, las circunstancias personales y la cuantía de la ayuda concedida antes de poder decidir si el beneficiario se ha convertido en una carga excesiva para su asistencia social y si procede su expulsión. En ningún caso se podrá adoptar una medida de expulsión contra trabajadores por cuenta ajena o propia, o personas que buscan empleo, tal como las define el Tribunal de Justicia, salvo por razones de orden público o seguridad pública”.

412. Las legislaciones nacionales de varios Estados incluyen las razones económicas como motivo para la expulsión de los extranjeros. Los familiares a cargo del extranjero pueden ser expulsados por motivos económicos si se dan esos motivos para expulsar al extranjero<sup>993</sup>. En particular, un Estado puede denegar la entrada o expulsar a un extranjero que: 1) tenga deudas<sup>994</sup>, sea un “gitano”,<sup>995</sup> un vagabundo o una persona que carezca de medios de subsistencia o no pueda demostrar<sup>996</sup> que los posee, una persona sin hogar en un momento dado o por un

<sup>991</sup> Protocolo del Convenio Europeo de Establecimiento, *Sección III - Artículos 1, 2 y 3* (París, 13 de diciembre de 1955).

<sup>992</sup> Véase artículo 27, párr. 2, reproducido en la parte VII.A.6 c).

<sup>993</sup> Nigeria, Ley de 1963, artículo 47.

<sup>994</sup> Italia, Ley No. 40 de 1998, artículo 11 4) a).

<sup>995</sup> Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 37 b).

<sup>996</sup> Austria, Ley de 2005, artículo 3.53 2) 4) ; Brasil, Ley de 1980, artículo 64 c); Canadá, Ley de 2001, artículo 39; China, Reglas de 1986, artículo 7 5); Finlandia, Ley de 2004, artículo 11 1) 3); Hungría, Ley de 2001, artículo 4 1) d); Italia, Decreto Ley No. 286 de 1998, artículos 4 y 8; Japón, Orden de 1951, artículo 5 3); Kenya, Ley de 1967, artículo 3 1) a); República de Corea, Ley de 1992, artículo 11 1) 5) y 1) 8); Lituania, Ley de 2004, artículo 7 3); Nigeria, Ley de 1963, artículo 18 1) a) y Reglamento de 1963 (L.N. 93), artículos 5 4) y 6 4); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 37 b); Paraguay, Ley de 1996, artículos 6 7) y 79; Polonia, Ley No. 1775 de 2003, artículos 15 1), 21 1) 3) y 88 1) 3); Portugal, Decreto Ley de 1998,

período prolongado<sup>997</sup>, o que sea incapaz de mantener a sus familiares a cargo o no esté dispuesto a ello<sup>998</sup>; 2) necesite asistencia social o corra el riesgo de necesitarla<sup>999</sup>; 3) carezca de profesión, ocupación o conocimientos especializados<sup>1000</sup>; 4) esté ocioso<sup>1001</sup> o no desempeñe el trabajo o la actividad para la que se había concedido el permiso de entrada<sup>1002</sup>; 5) no pueda ejercer la profesión que haya escogido o pierda o abandone un trabajo<sup>1003</sup>; 6) sea minusválido o discapacitado y por ello no pueda trabajar<sup>1004</sup>; o 7) actúe contra el orden económico del Estado<sup>1005</sup> o su economía<sup>1006</sup>, industria<sup>1007</sup>, comercio<sup>1008</sup>, trabajadores<sup>1009</sup> o medios de vida nacionales<sup>1010</sup>, o suponga una amenaza para ellos.

413. La legislación nacional puede prohibir la expulsión de un extranjero por uno de esos motivos cuando el extranjero haya permanecido en el territorio del Estado un determinado período de tiempo<sup>1011</sup>. La expulsión de un extranjero por ese motivo puede depender de que el extranjero sea nacional de un Estado que tenga un acuerdo especial con el Estado que desea proceder a la expulsión<sup>1012</sup>. Dependiendo de la legislación nacional pertinente, esos motivos pueden aplicarse también<sup>1013</sup> o no<sup>1014</sup> a los extranjeros residentes con carácter transitorio.

- 
- artículo 14 1); Federación de Rusia, Ley No. 115-FZ de 2002, artículos 7 8) y 9 8) y Ley de 1996, artículo 27 6); España, Ley de 2000, artículo 25 1); y Suecia, Ley de 1989, capítulo 4, artículo 2 1).
- <sup>997</sup> Alemania, Ley de 2004, artículo 55 2) 5); y Federación de Rusia, Ley No. 115-FZ, artículos 7 9) y 9 9).
- <sup>998</sup> Canadá, Ley de 2001, artículo 39; Kenya, Ley de 1967, artículo 3 1) a); y Federación de Rusia, Ley No. 115-FZ, artículos 7 8) y 9 8).
- <sup>999</sup> Esa carga pública o necesidad de asistencia social puede referirse al extranjero o a sus familiares a cargo (Canadá, Ley de 2001, artículos 38 1) c) y 2) y 39; Chile, Decreto de 1975, artículos 15 4), 17, 64 4), 65 1) y 66; Japón, Orden de 1951, artículo 5 3); Nigeria, Ley de 1963, artículo 18 1) a); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 37 e); República de Corea, Ley de 1992, artículo 11 1) 5) y 1) 8); Suiza, Ley Federal de 1931, artículo 10 1) d) y 2) y 3); y Estados Unidos, INA, artículos 212 a) 4), 237 a) 5) y 250).
- <sup>1000</sup> Paraguay, Ley de 1996, artículo 6 7).
- <sup>1001</sup> Reglamento de 1949, artículo 16 2) Suiza.
- <sup>1002</sup> Kenya, Ley de 1967, Artículo 6 1) a); compárese con Argentina, Ley de 2004, artículo 65, que prohíbe la expulsión por no cumplir con una obligación de un contrato de trabajo salvo que fuese una condición previa para la concesión del permiso.
- <sup>1003</sup> Chile, Decreto de 1975, artículos 15 4), 17, 64 4) y 7), 65 1) y 66; y Kenya, Ley de 1967, artículo 6 1) b).
- <sup>1004</sup> Brasil, Decreto de 1981, artículo 52 III) y IV); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 37 e); y Paraguay, Ley de 1996, artículo 6 3). Puede hacerse una excepción cuando esa discapacidad o minusvalía sólo reduce parcialmente la capacidad de trabajar del extranjero (Paraguay, Ley de 1996, artículo 7 2)).
- <sup>1005</sup> República de Corea, Ley de 1992, artículo 11 1) 4) y 1) 8).
- <sup>1006</sup> Brasil, Decreto de 1981, artículos 101 y 104 y Ley de 1980, artículos 64, 67 y 70; Honduras, Ley de 2003, artículo 89 3); y Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 38.
- <sup>1007</sup> Japón, Orden de 1951, artículo 7 2).
- <sup>1008</sup> Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 36.
- <sup>1009</sup> Brasil, Ley de 1980, artículos 2 y 64; y Panamá, Decreto Ley de 1960, artículos 36 y 37 e).
- <sup>1010</sup> Brasil, Ley de 1980, artículos 2 y 64.
- <sup>1011</sup> Austria, Ley de 2005, artículo 3.53 2) 5) y 6); Suecia, Ley de 1989, capítulo 2, artículo 11 y capítulo 4, artículo 2; y Estados Unidos, INA, artículo 237 a) 5).
- <sup>1012</sup> Suecia, Ley de 1989, artículo 14 del capítulo 2.
- <sup>1013</sup> Lituania, Ley de 2004, artículo 7 3); Nigeria, Reglamento de 1963 (L.N. 93), artículos 5 4) y 6 4); Polonia, Ley No. 1775 de 2003, artículo 15 1); y Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 14 1).
- <sup>1014</sup> Japón, Orden de 1951, artículo 24 4) a).

414. La jurisprudencia nacional ha reconocido también que las razones económicas pueden ser un motivo válido para la expulsión<sup>1015</sup>.

**j) Medida preventiva o disuasoria**

415. La expulsión de extranjeros se ha utilizado para impedir determinadas conductas o disuadir de ellas. La expulsión de extranjeros por esos motivos parecía haber disminuido ya a principios del siglo XX<sup>1016</sup>. Como se mencionó más arriba, en el asunto *Carmelo Bonsignore c. Oberstadtdirektor der Stadt Köln*, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sostuvo que sólo se pueden alegar motivos de orden público para la expulsión si se refieren al comportamiento personal del individuo a que se apliquen y que los motivos de “prevención general” no son admisibles<sup>1017</sup>. No obstante, se ha apuntado que el derecho internacional no prohíbe ese motivo de expulsión si no existe una obligación contraída en virtud de un tratado<sup>1018</sup>.

**k) Represalia**

416. La expulsión de los extranjeros se ha utilizado en algunas ocasiones como medio de represalia, en particular cuando se trataba de expulsiones en masa, variedad que se examina separadamente. El Estado que expulsa puede indicar otros motivos para las expulsiones de extranjeros que parezcan no obstante una represalia<sup>1019</sup>.

<sup>1015</sup> Véase, por ejemplo, *Pieters v. Belgian State (Minister of Justice)*, Consejo de Estado, Bélgica, 30 de septiembre de 1953, *International Law Reports*, 1953, H. Lauterpacht (ed.), pág. 339 (“En ese caso, en la orden se indica que la presencia del demandante se considera perjudicial para la economía del país. Del expediente se deduce que se ordenó la expulsión porque el demandante no había pagado los impuestos correspondientes”).

<sup>1016</sup> “Cabe señalar las siguientes características en la evolución reciente del ejercicio de la potestad de expulsión ... actualmente es infrecuente su utilización como medida preventiva”. Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, Nueva York, The Banks Law Publishing Co., 1915, pág. 55.

<sup>1017</sup> “A las cuestiones planteadas procede responder que los apartados 1 y 2 del artículo 3 de la Directiva 64/221 se oponen a la expulsión de un nacional de un Estado miembro si dicha expulsión se decreta con una finalidad de disuasión con respecto a otros extranjeros, es decir, si se basa, según los términos del órgano jurisdiccional nacional, en motivos de ‘prevención general’”. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Carmelo Bonsignore c. Oberstadtdirektor der Stadt Köln*, asunto 67-74, sentencia del Tribunal, 26 de febrero de 1975, párr. 7.

<sup>1018</sup> “En general, los Estados pueden utilizar la expulsión como medida disuasoria, es decir, expulsar a una persona como advertencia para otras. Sin embargo, esas medidas pueden ser declaradas ilícitas por tratados (por ejemplo, el artículo 48 del Tratado por el que se estableció la Comunidad Económica Europea, en la interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas)”. Karl Doehring, ‘Aliens, Expulsion and Deportation’, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 109 a 112, en especial pág. 111.

<sup>1019</sup> “En el siglo XIX se dijo a veces que las expulsiones colectivas estaban justificadas como represalia. El distinguido jurista belga Rolin Jacquelmyns afirmó que la expulsión colectiva de extranjeros en tiempo de paz sólo está permitida como represalia; véase su artículo ‘Droit d’Expulsion des étrangers’, *Revue de droit international* (1888), en la página 498. Indonesia justificó la expulsión de nacionales neerlandeses en 1957 porque Holanda no había negociado sobre el Irián Occidental. Obsérvese que Dahm considera con razón que esa justificación no tiene ningún fundamento en el derecho internacional (Völkerrecht, vol. 1 en la página 529) y parece que su opinión es acertada”. Vishnu D. Sharma y F. Wooldridge, nota 579 *supra*, pág. 411, nota 85. “Cuando en diciembre de 1934 Yugoslavia expulsó a un gran número de súbditos húngaros como represalia por la presunta complicidad de las autoridades de Hungría en

417. La legalidad de la expulsión de los extranjeros como medida de represalia ha sido puesta en duda en los trabajos sobre la materia<sup>1020</sup>. De modo análogo, según el Instituto de Derecho Internacional la represalia o la retorsión no constituyen un motivo válido para expulsar a un extranjero que haya sido autorizado expresamente a residir en un país:

“Las siguientes normas no se aplicarán en los casos de represalia o retorsión. No obstante, los extranjeros que residan en el país con la autorización expresa del gobierno no podrán ser expulsados como represalia o retorsión.”<sup>1021</sup>

#### D) Actividades políticas

418. Las consideraciones políticas pueden ser un factor pertinente para determinar la expulsión de los extranjeros por razones de orden público o seguridad nacional, más que un motivo propiamente dicho conforme al derecho internacional<sup>1022</sup>.

las actividades de terroristas, se explicó que, habida cuenta del elevado desempleo en Yugoslavia, las personas en cuestión vivían en ese país sólo con permisos periódicamente renovables: Toynbee, *Survey*, 1934, págs. 573 a 577”. Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim's International Law*, vol. I – Peace (partes 2 a 4), 9ª ed., 1996, pág. 944, nota 16. “El General Amin no afirmó que las expulsiones fuesen una represalia por la negativa del Reino Unido a conceder un mayor número de vales especiales a sus ciudadanos y nacionales ugandeses ... Pero sí que indicó sin embargo que le había inspirado Dios y que su intención era dar una lección al Reino Unido cuando anunció por primera vez las expulsiones ...”. Vishnu D. Sharma y F. Wooldridge, nota 579 *supra*, pág. 411 y nota 83.

<sup>1020</sup> “De su función se deduce que no hay que ‘abusar’ de la potestad de expulsar. Si se quiere que cumpla su objetivo y propósito, la potestad se ha de ejercer de buena fe y no por algún motivo oculto, como ... una represalia contraria a derecho”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, págs. 307 y 308 y nota 1 (en la nota se indica que “hay dificultades para determinar cuándo está ajustada a derecho una represalia. Brownlie observa que, en principio, debe ser una reacción contra una violación anterior de una obligación jurídica y ha de ser proporcionada: *Principles of Public International Law* (2ª ed., 1973), pág. 524”). Las represalias que puedan ser contrarias al *jus cogens* internacional difícilmente serán admisibles. Vishnu D. Sharma y F. Wooldridge, nota 579 *supra*, pág. 411 y nota 84 (que se refieren a la opinión disidente del magistrado Tanaka en las causas *South West Africa* (1966), *I.C.J. Reports*, en el párrafo 298, donde se afirma que los derechos humanos, por derivarse del derecho natural, son parte del *jus cogens*”).

<sup>1021</sup> *Règles internationales*, nota 56 *supra*, artículo 4.

<sup>1022</sup> “Los comentaristas clásicos reconocían la potestad de expulsar a extranjeros pero solían afirmar que esa potestad sólo puede ejercerse con motivo. Grocio habló del derecho soberano a expulsar a los extranjeros que desafían el orden político establecido del Estado que expulsa y se entregan a actividades sediciosas en él. Pufendorff abundó en esa opinión. En la correspondencia diplomática antigua se expresa el mismo principio, con la misma salvedad”. Richard Plender, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pág. 461 (en referencia a H. Grocio, *De Jure ac Pacis, Libri Tres*, 1651, Libro II, cap. II, pág. xvi; y S. Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium, Libri Octo*, 1866, Libro III, cap. III, párr.10). “Además de los motivos económicos y sociales que hacen a alguien indeseable, a menudo las razones políticas, especialmente la guerra, han sido el fundamento de las órdenes de expulsión”. Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, Nueva York, The Banks Law Publishing Co., 1915, pág. 52. “Se puede ejercer la potestad de expulsar o deportar si la conducta o las actividades de un extranjero, después de haber sido admitido en el Estado, violan determinadas normas básicas. Entre esas conductas o actividades se pueden citar las siguientes: ... 4. Participar en actividades políticas indeseables”. Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, págs. 90 y 91. “La expulsión precedida de una sentencia judicial y la expulsión ordenada por el poder ejecutivo por motivos de política general son fácilmente distinguibles [de una



419. Como se indicó anteriormente, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa confirmó la prohibición de expulsar a los extranjeros por motivos políticos o religiosos, incluidos los extranjeros ilegales, en la recomendación 769 (1975)<sup>1023</sup>.

420. Las legislaciones nacionales de algunos Estados prescriben la expulsión de un extranjero que: 1) intervenga en la política interna del Estado<sup>1024</sup>, por ejemplo votando cuando no esté autorizado a hacerlo<sup>1025</sup>, o interfiriendo de modo abusivo en los derechos de participación política que el Estado reserva a sus nacionales<sup>1026</sup>; 2) sea miembro de un partido totalitario o fascista o un partido cuyo objetivo principal sea la revolución mundial<sup>1027</sup>; o 3) presente a las autoridades del Estado documentos u otra información que sean ideológicamente falsos<sup>1028</sup>. La legislación pertinente puede autorizar expresamente la aplicación de sanciones penales además de la expulsión cuando se den los motivos del presente apartado<sup>1029</sup>.

421. Los tribunales nacionales de algunos Estados se han ocupado de casos de expulsiones de extranjeros por razones relacionadas con su actividad política<sup>1030</sup>. No obstante, la mayoría de esas expulsiones se han justificado por otros motivos, como el orden público o la seguridad nacional<sup>1031</sup>.

---

expulsión aceptable por violación de la legislación interna], pero también en este caso, con respecto a la última, se acepta que la ‘política’ de cada nación debe determinar si se permitirá que el extranjero continúe residiendo en el país”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, págs. 206 y 207 (se omiten las citas).

<sup>1023</sup> “Un extranjero sin permiso de residencia válido sólo puede ser expulsado del territorio de un Estado miembro por motivos jurídicos específicos que no sean políticos ni religiosos”. Consejo de Europa, nota 607 *supra*, párr. 9.

<sup>1024</sup> Un Estado puede prohibir o limitar la participación del extranjero en su política interna o en sus asuntos públicos (Brasil, Ley de 1980, artículos 106 y 107; y República de Corea, Ley de 1992, artículo 17 2) y 3)), o en sus organizaciones culturales o de otro tipo (Brasil, Ley de 1980, artículos 107 a 109).

<sup>1025</sup> Brasil, Ley de 1980, artículos 124 XI) y 127; y Estados Unidos, INA, artículos 212 a) 10) D) y 237 a) 6).

<sup>1026</sup> Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 99 1) d).

<sup>1027</sup> Belarús, Ley de 1998, artículo 14; y Estados Unidos, INA, artículos 101 a) 37), 40) y 50) e) y 212 a) 10) D).

<sup>1028</sup> Argentina, Ley de 2004, artículos 29 a) y 62 a).

<sup>1029</sup> Brasil, Ley de 1980, artículos 124 XI) y 125 a 127; y Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 99 2).

<sup>1030</sup> Véanse por ejemplo, *Perregaux*, Consejo de Estado, Francia, 13 de mayo de 1977, *International Law Reports*, vol. 74, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 427 a 430; *Bujacz c. Belgian State (Minister of Justice)*, Consejo de Estado, Bélgica, 13 de julio de 1953, *International Law Reports*, 1953, H. Lauterpacht (ed.), págs. 336 y 337; *Lopez c. Howe, Immigration Commissioner*, Tribunal de Apelaciones de Secciones de los Estados Unidos, Sección Segunda, 14 de mayo de 1919 [*Annual Digest of Public International Law Cases*, 1919-1922, Sir John Fischer Williams y H. Lauterpacht (eds.), Causa No. 177, págs. 252 y 253 (expulsión de un destacado filósofo anarquista); *Ex Parte Pettine*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito de Massachusetts, 3 de junio de 1919, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1919-1922, Sir John Fischer Williams y H. Lauterpacht (eds.), Causa No. 176, págs. 251 y 252; *Galvan c. Press, Officer in Charge, Immigration and Naturalization Service*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 24 de mayo de 1954, *International Law Reports*, 1954, H. Lauterpacht (ed.), págs. 213 a 218.

<sup>1031</sup> Véanse por ejemplo, *Perregaux*, Consejo de Estado, Francia, 13 de mayo de 1977, *International Law Reports*, vol. 74, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 427 a 430, en especial pág. 429 (“El comportamiento de carácter político no es, de por sí, suficiente para proporcionar una justificación jurídica a la deportación de un extranjero cuya presencia en el territorio francés no constituya una amenaza para el orden público ni la confianza pública”); *Bujacz c. Belgian State (Minister of Justice)*, Consejo de Estado, Bélgica, 13 de julio de 1953, *International Law Reports*, 1953, H. Lauterpacht (ed.), págs. 336 y 337, en especial pág. 337 (“El demandante

**m) Otros**

422. Puede haber otros motivos para la expulsión de extranjeros que no estén tan ampliamente reconocidos o no sean tan pertinentes en la práctica contemporánea, por ejemplo, elevar una reclamación diplomática injusta<sup>1032</sup>.

**7. El principio de no discriminación**

423. El principio de no discriminación<sup>1033</sup> parecería limitar las posibilidades de que la raza<sup>1034</sup>, el sexo, la religión<sup>1035</sup>, la nacionalidad o cualquier otra discriminación prohibida por el derecho internacional puedan constituir un motivo válido para la expulsión de extranjeros<sup>1036</sup>.

---

sostiene que los extranjeros tienen derecho a gozar de la ‘libertad de pensamiento’ y la ‘libertad de asociación política’; no obstante, el disfrute de esas libertades por los extranjeros está necesariamente limitado por disposiciones jurídicas que, en aplicación del artículo 128 de la Constitución, permiten castigar con la expulsión las actividades consideradas perjudiciales para la seguridad del país’); *In re Everardo Diaz*, Tribunal Federal Supremo del Brasil, 8 de noviembre de 1919, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1919-1922, Sir John Fischer Williams y H. Lauterpacht (eds.), caso No. 179, págs. 254 a 257, en especial págs. 255 y 256 (“El Estado no tenía ninguna obligación de asumir la difícil tarea, a veces infructuosa, de vigilar constantemente las acciones de extranjeros que ponen en práctica sus teorías, así tenía porque esperar a que esos extranjeros lleven a cabo actos manifiestos”) (en relación con la expulsión de un anarquista).

<sup>1032</sup> “En algunos países de América Latina, la interposición de una reclamación diplomática injusta contra el Estado es un motivo de expulsión, salvo que se acomode de manera amistosa”. Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, Nueva York, The Banks Law Publishing Co., 1915, pág. 52, nota 3 (Constitución de Nicaragua, art. 12).

<sup>1033</sup> Véase la parte VI.B.2.

<sup>1034</sup> “La práctica diplomática de finales del siglo pasado parece demostrar que en esa fecha un Estado no estaba facultado para presentar una reclamación por la expulsión de uno de sus nacionales por razones étnicas o raciales, aunque pudiese deplorar la ignorancia de los verdaderos principios de gobierno que conduce a la adopción de una política discriminatoria de expulsión. En cambio, la práctica moderna demuestra la inadmisibilidad de la discriminación racial a ese respecto. Hoy día un Estado movido por consideraciones raciales en su determinación de expulsar a un extranjero rara vez lo reconocerá”. Richard Plender, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pág. 462 (se omiten las citas).

<sup>1035</sup> “Sería difícil sostener que un Estado infringe una obligación impuesta por el derecho internacional si le parece conveniente expulsar a un extranjero que persiste en predicar o hacer proselitismo en favor de una secta religiosa cuyos principios se consideran gravemente ofensivos para ese Estado. Que los Estados Unidos no pregunten las opiniones religiosas de sus nacionales y traten de proteger por igual a todos los residentes dentro de su ámbito con independencia de sus opiniones en esa materia no basta para coartar la libertad de otros Estados que opten por proceder conforme a un principio diferente”. Charles 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. 234 (se omiten las citas).

<sup>1036</sup> “La expulsión supuestamente basada en la nacionalidad, pero en realidad selectiva por criterios raciales o étnicos, infringe claramente el principio de no discriminación”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 215. “En determinadas condiciones, la expulsión ... puede infringir el principio de no discriminación (racial o religiosa) que forma parte del derecho internacional consuetudinario”. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, pág. 499. “No debe haber discriminación alguna por causa de la raza o la religión”. Amos S. Hershey, *The Essentials of International Public Law and Organization*, ed. rev., Nueva York, The Macmillan Company, 1927, pág. 375, secc. 247 (se ha omitido la cita). “Una expulsión fundada en una discriminación especial contra un extranjero por motivo de su nacionalidad, raza o credo puede ser considerada, y a menudo lo ha sido, un acto hostil hacia su gobierno nacional, y

424. La prohibición de la discriminación en relación con la expulsión de extranjeros ha sido reconocida en términos generales por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos en el caso Rankin. Según el Tribunal, la discriminación es uno de los factores que puede hacer que la expulsión sea contraria al derecho internacional:

“Quien impugne la expulsión ha de probar el carácter contrario a derecho de la acción del Estado expulsor, es decir, que fuera arbitraria o discriminatoria o infringiera las obligaciones contraídas por ese Estado en virtud de tratados.”<sup>1037</sup>

425. En su artículo 7, 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, expresa *in fine* la prohibición de la expulsión individual o colectiva basada en motivos discriminatorios:

“Queda prohibida la expulsión individual o colectiva de esos extranjeros [a saber, los extranjeros que se hallen legalmente en el territorio de un Estado] por motivos de raza, color, religión, cultura, linaje u origen nacional o étnico.”<sup>1038</sup>

426. El Comité de Derechos Humanos se ha referido al principio de no discriminación en relación con la expulsión de los extranjeros en su Observación general No. 15. En sus comentarios al artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece garantías procesales en relación con la expulsión de los extranjeros<sup>1039</sup>, el Comité de Derechos Humanos insistió en que:

“En la aplicación del artículo 13 no se puede discriminar entre las diferentes categorías de extranjeros.”<sup>1040</sup>

427. En varias observaciones finales, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha manifestado preocupación por casos de discriminación racial en relación con la expulsión de extranjeros<sup>1041</sup>. En su Recomendación general

---

ha ocasionado reclamaciones diplomáticas”. Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, Nueva York, The Banks Law Publishing Co., 1915, pág. 61 (se omite la cita). Véanse también Vishnu D. Sharma, y F. Wooldridge, nota 579 *supra*, págs. 408 y 409; y R. C. Chhangani, “Expulsion of Benin Nationals and International Law”, *Indian Journal of International Law*, vol. 20, 1980, págs. 149 a 154, en especial pág. 151 (en referencia al Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano (AALCC), *Informe del cuarto período de sesiones*, 1961, págs. 170 a 172).

<sup>1037</sup> *Rankin c. The Islamic Republic of Iran*, nota 136 *supra*, págs. 135 a 152, en especial pág. 142, párr. 22.

<sup>1038</sup> Resolución 40/144, Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, 13 de diciembre de 1985.

<sup>1039</sup> Véase también la parte VIII.B.1.

<sup>1040</sup> Comité de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Observación general No. 15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 11 de abril de 1986, párr. 10.

<sup>1041</sup> Véanse, por ejemplo: observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Francia, 1º de marzo de 1994, A/49/18, párr. 144 (“Se expresa preocupación por el hecho de que la aplicación de estas leyes [las leyes de inmigración y asilo] podría tener consecuencias racialmente discriminatorias, en especial en relación con la imposición de limitaciones al derecho de apelación a las órdenes de expulsión y la disposición relativa a la detención preventiva de extranjeros en puntos de entrada por períodos excesivamente largos.”); observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Francia, 23 de marzo de 2000, CERD/C/304/Add.91 (19 de abril de 2000), párr. 9 (“El Comité expresa su preocupación por la posible discriminación de hecho en la aplicación de las leyes para la exclusión de extranjeros del territorio francés, incluidas las personas titulares de visados

No. XXX, el Comité recomendó que los Estados Partes en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial<sup>1042</sup> no discriminasen por motivos de raza, color u origen étnico o nacional al expulsar a los extranjeros y al permitirles utilizar recursos eficaces en caso de expulsión:

“[El Comité] recomienda ... que los Estados Partes en la Convención, con arreglo a sus circunstancias específicas, adopten las medidas siguientes: [...]

Velar por que las leyes relativas a la deportación u otras formas de remoción de los no ciudadanos de la jurisdicción del Estado Parte no discriminen por su objetivo o sus efectos entre los no ciudadanos por motivos de raza, color u origen étnico o nacional y 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.”<sup>1043</sup>

428. Los motivos políticos y religiosos para la expulsión de un extranjero también se han considerado contrarios a derecho. A ese respecto, cabe señalar la recomendación 769 (1975) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en la que se confirma la prohibición de expulsar por motivos políticos o religiosos, incluso a los extranjeros ilegales:

“Un extranjero que no cuente con permiso válido de residencia podrá ser expulsado del territorio de un Estado miembro sólo por las razones jurídicas específicas que no sean de orden político ni religioso.”<sup>1044</sup>

429. Por lo que se refiere a la discriminación racial, la baronesa Elles, Relatora Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, respaldó la opinión de que las expulsiones discriminatorias por motivos raciales son contrarias al derecho internacional:

“Se ha sostenido que las expulsiones discriminatorias por causas raciales son contrarias al derecho internacional, sobre la base de las disposiciones relativas a los derechos humanos de la Carta de las Naciones Unidas, la fuerza de la Declaración Universal y, con una vigencia más reciente, la Convención

---

válidos, y la delegación de las responsabilidades que deben ejercer los funcionarios públicos.”); y observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Canadá, 1º de noviembre de 2002, A/57/18, párr. 336 (“El Comité toma nota con preocupación de que las políticas de inmigración actuales, en particular el costo actual del ‘derecho de desembarco’, pueden tener efectos discriminatorios contra personas procedentes de países más pobres. También preocupa al Comité la información de que la mayoría de los extranjeros expulsados del Canadá son africanos o de origen africano”).

<sup>1042</sup> “Es cierto que la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, en la medida en que es pertinente, sólo prohíbe la discriminación racial con respecto a las limitaciones a la libertad de circulación y residencia dentro de las fronteras de un Estado y en relación con las limitaciones al derecho a abandonar cualquier país, incluido el propio, y regresar a él. Por ello no se refiere a la cuestión de la discriminación en los casos de expulsión. Sin embargo, no hay que ver ningún significado en ello, puesto que los derechos civiles enumerados en esa Convención están tomados de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que guardaba silencio sobre la expulsión en general; y ello, menos por razones de principio que por las preocupaciones europeas en 1948”. Richard Plender, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pág. 476 (se omiten las citas).

<sup>1043</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación general No. XXX sobre la Discriminación contra los no ciudadanos, 64º período de sesiones, 23 de febrero a 12 de marzo de 2004, CERD/C/64/Misc.11/rev.3, párr. 25.

<sup>1044</sup> Consejo de Europa, nota 607 *supra*, párr. 9.

Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que es jurídicamente obligatorio.”<sup>1045</sup>

## 8. Extradición encubierta

430. La salida forzosa de un extranjero del país también se puede lograr mediante una expulsión que es en realidad una “extradición encubierta”. Aunque esos procedimientos son similares porque ambos dan por resultado la salida forzosa de un extranjero, también son diferentes en varios aspectos, a saber: 1) los requisitos sustantivos y de procedimiento; 2) la posibilidad de salida voluntaria; y 3) el destino del extranjero<sup>1046</sup>. Así pues, la distinción entre los dos procedimientos puede ser importante para determinar si el acto en cuestión se ajusta a derecho de acuerdo con las normas jurídicas pertinentes<sup>1047</sup>.

431. La relación entre la expulsión y la extradición en el presente contexto plantea cuatro cuestiones que tal vez merezcan examinarse<sup>1048</sup>. En primer lugar, ¿en qué medida afecta a la legitimidad de una expulsión que es una extradición encubierta o *de facto* la motivación oculta por lo que se refiere a la validez del motivo para la expulsión y a las consideraciones de buena fe o abuso de poder?<sup>1049</sup> En segundo lugar, ¿hasta qué punto es libre un Estado de elegir el procedimiento utilizado para obligar a un extranjero a abandonar su territorio?<sup>1050</sup> En tercer lugar, ¿en qué medida

<sup>1045</sup> Disposiciones internacionales, nota 661 *supra*, párr. 286.

<sup>1046</sup> Véase la parte III.C.1 e).

<sup>1047</sup> “Se debe distinguir entre la expulsión como medida para preservar la seguridad pública del Estado y la extradición, puesto que ésta se aplica a procedimientos penales, sustenta el principio de asistencia jurídica entre Estados y con ello reprime la delincuencia. La extradición se lleva a cabo fundamentalmente en interés del Estado solicitante, mientras que la expulsión es en interés exclusivo del Estado que expulsa. La extradición necesita la cooperación consensual de dos Estados como mínimo, mientras que la expulsión es una medida unilateral, dejando de lado la obligación del Estado receptor de aceptar a su propio nacional. Por ello, la expulsión de una persona puede ser ilegal por razones de derecho internacional o de derecho interno, mientras que la extradición de la misma persona puede ser legal y viceversa”. Karl Doehring, “Aliens, Expulsion and Deportation”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 109 a 112, en especial pág. 110.

<sup>1048</sup> “En la actualidad, la práctica de los Estados con respecto a la relación entre la extradición y la expulsión o deportación difiere. Algunos Estados siguen manteniéndose fieles a la opinión tradicional de que si se puede recurrir a la extradición, la persona en cuestión tiene derecho a todas las salvaguardias que acompañan a ese procedimiento y que se ha de utilizar en lugar de la expulsión. Otros Estados consideran que los dos procedimientos son acumulativos y complementarios, especialmente cuando la persona a la que se expulsa tiene derecho a acogerse a salvaguardias similares a las existentes en el procedimiento de extradición. Por supuesto, si no existen esas salvaguardias puede suceder que se infrinjan las reglas básicas de las normas internacionales de derechos humanos, especialmente cuando se acompaña sin miramientos a la persona a través de la frontera sobre la base de un simple acuerdo verbal entre oficiales de rango inferior de los dos países que intervienen”. Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, pág. 95.

<sup>1049</sup> “Por ejemplo, el ‘derecho’ de expulsión se puede ejercer con la intención de efectuar una extradición *de facto* ... En esos casos, el ejercicio de la potestad no puede no quedar contaminado por el propósito oculto e ilegal”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 209.

<sup>1050</sup> “Los tratados de extradición no parecen afectar en general a esa cuestión. Esos tratados tienden a facilitar la cooperación entre los Estados, más que a conceder derechos adicionales a una persona acusada. Sería difícil llegar a la conclusión, a partir de un tratado sobre extradición, de que una persona que puede ser expulsada legalmente a un determinado país quedaría eximida de

no puede proceder un Estado a la expulsión por lo demás legítima de un extranjero en circunstancias en las que la extradición sería ilegítima?<sup>1051</sup> En cuarto lugar, ¿en qué medida no puede proceder un Estado a la expulsión por lo demás legítima de un extranjero en circunstancias en las que sea obligatorio extraditar o juzgar (*aut dedere aut iudicare*)?<sup>1052</sup> El derecho internacional, las legislaciones nacionales y las publicaciones especializadas se han ocupado hasta cierto punto de esas cuestiones.

**a) Extradición encubierta o de facto**

432. Se puede hacer una distinción entre “extradición encubierta” y “extradición de facto”. A este respecto, la expresión “extradición encubierta” puede tener una connotación negativa, puesto que implica una motivación oculta que puede denotar abuso del derecho o mala fe. En cambio, la expresión “extradición de facto” puede

---

la expulsión una vez que el Estado de destino formulase una petición para someter a esa persona a un procedimiento penal. La opinión contraria fue sostenida, de modo poco convincente, por Lord Griffiths en la Cámara de los Lores en el caso *Bennet*, mientras que la existencia de un derecho de la persona acusada a quedar sometida solamente al procedimiento de extradición fue denegada más recientemente por el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos (Sección Novena) en el caso *Matta-Ballesteros*, un hondureño que había sido secuestrado de su domicilio en Honduras por agentes de los Estados Unidos y Honduras. Una nota, en la que el Departamento de Asuntos Exteriores del Canadá sostenía que el tratado bilateral con los Estados Unidos ‘constituía el único medio por el cual obtener el regreso de los delincuentes prófugos’, ha de interpretarse en función de las circunstancias, a saber, el secuestro con uso de la fuerza de un delincuente por parte de oficiales estadounidenses en territorio canadiense. Una solución diferente basada en un tratado de extradición podría sostenerse de modo más convincente si existiese el riesgo de que, por causa de la expulsión, los derechos humanos de la persona acusada fueran violados en el procedimiento penal subsiguiente”. Giorgio Gaja, nota 28 *supra*, págs. 299 y 300 (en referencia a la sentencia de 24 de junio de 1993, *All England Law Reports* (1993) (3) 138 en la página 150; sentencia de 1º de diciembre de 1995, 107 *I.L.R.* 429 en la página 433; y nota de 24 de abril de 1991, 31 *I.L.M.* (1992) 932, respectivamente).

<sup>1051</sup> “Asimismo, como resolvió el Instituto de Derecho Internacional en 1892, la expulsión no puede degenerar en una extradición encubierta cuando no se pueda recurrir normalmente a la extradición. La deportación al país del delito equivaldría a ello y si el país del delito no es el país nacional, este último puede muy bien tener motivos para protestar contra ese abuso de la jurisdicción penal internacional”. D. P. O’Connell, *International Law*, vol. 2, 2ª ed., Londres, Stevens & Sons, 1970, pág. 710 (se omiten las citas). “También se adopta la postura de que una extradición contraria a derecho no debe ser reemplazada por una expulsión; pero ese principio, incluso cuando se reconoce, sólo se puede derivar del derecho interno y no del derecho internacional”. Karl Doehring, “Aliens, Expulsion and Deportation”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 109 a 112, en especial pág. 110. Por ejemplo, la legislación del Brasil prohíbe expresamente una expulsión que constituya una extradición prohibida por el derecho brasileño, como ocurre cuando la persona es ciudadana brasileña, excepto que la persona haya adquirido la ciudadanía brasileña sólo después de haber cometido el acto en cuestión (Brasil, Ley de 1980, artículos 62, 74 y 76).

<sup>1052</sup> La expulsión de los extranjeros tal vez deba conciliarse con el principio de derecho internacional de “extraditar o juzgar (*aut dedere aut iudicare*)”, que cada vez se considera más aplicable de modo general a los delitos internacionales de terrorismo. Véase Cherif Bassiouni, *Legal responses to international terrorism: U.S. procedural aspects*, *International studies on terrorism*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1988, pág. xlv (“Los tratados, la práctica consuetudinaria y las legislaciones nacionales de los Estados sientan las bases de la cooperación internacional en la prevención y represión de la delincuencia. La máxima comúnmente mencionada en este contexto es *aut dedere aut iudicare*.”); cf. Rosalyn Higgins y Maurice Flory (eds.), *Terrorism and International Law*, Londres, Florencia, KY Routledge, 1997, pág. 26. “Por el momento, el principio *aut dedere aut punire* sigue estando basado en tratados. Pero la tendencia está cada vez más clara, y las partes que la ratifican están siendo suficientemente importantes para que pronto debamos preguntarnos si la aplicación del principio *aut dedere aut punire* a acusados de terrorismo forma parte ya del derecho internacional”.

tener una connotación neutral ya que implica el reconocimiento de una consecuencia adicional de la expulsión del extranjero como cuestión de hecho.

“No cabe duda de que, cuando el destino seleccionado es un país cuyas autoridades ansían juzgar o castigar por un delito penal al deportado, la deportación puede dar lugar a una extradición *de facto*. Así pues, ya es habitual describir esa deportación como una ‘extradición encubierta’, pero parecería aconsejable utilizar esa expresión con cautela. Una verdadera ‘extradición encubierta’ es aquella en la que el instrumento de la deportación se utiliza con la motivación primordial de extraditar. Así ocurriría clarísimamente, por ejemplo, cuando el prófugo, un nacional de A, entra en el territorio de B desde el Estado C, pero es deportado al Estado D, donde se le busca para que responda de un acto delictivo. Sin embargo, los ejemplos de extradiciones encubiertas tan evidentes son escasos. Cuando se ordena la deportación al Estado de embarque o al Estado nacional, llamarla ‘extradición encubierta’ es realmente una presunción de quienes así la calificaran en cuanto a las intenciones de las autoridades que proceden a la expulsión. Aunque la motivación de devolver a un delincuente a la jurisdicción competente puede ser en realidad lo que más pese en la intención del Estado que deporta, también en muchos casos el que la deportación tenga ese resultado puede no ser más que una coincidencia. Por ello en este caso se sugiere utilizar la expresión neutral ‘extradición *de facto*’.”<sup>1053</sup>

433. Aunque la distinción entre extradición encubierta y *de facto* puede ser útil, no parece haber sido uniformemente reconocida en la práctica. La noción de extradición encubierta se ha descrito del modo siguiente:

“En la práctica conocida como ‘extradición encubierta’, el procedimiento habitual es que se deniegue la admisión a una persona a petición de un Estado extranjero y se le deporta a este o a cualquier otro Estado que desee juzgarla o sancionarla. El resultado es dejar sin efecto las disposiciones habituales del derecho interno que permiten comúnmente impugnar la legalidad del procedimiento de extradición y presentar pruebas que demuestren que las razones para demandar a la persona son políticas.

Aunque hace mucho tiempo que se disiente de la legalidad de recurrir a las legislaciones de inmigración para estos fines, también puede alegarse que las legislaciones de inmigración han de desempeñar una función de apoyo al control internacional de los delincuentes y que, por consiguiente, las extradiciones *de facto* efectuadas en virtud de esas legislaciones están justificadas. Puede ser, en efecto, algo espurio exigir la aplicación de los procedimientos de extradición a un Estado que ya ha decidido, en virtud de la política de inmigración, que al extranjero no se le permitirá permanecer en el país. Sea como fuere, el propósito establecido y primordial de la deportación es librar al Estado de un extranjero indeseable y ese propósito se alcanza con la salida del extranjero. Su destino, en teoría, poco debería importar al Estado que expulsa, aunque en casos difíciles puede poner en tela de juicio el deber de otro Estado de recibir a un nacional suyo que no tiene ningún otro lugar

<sup>1053</sup> Ivan Anthony Shearer, *Extradition in International Law*, Manchester, University Press, 1971, pág. 78. Shearer encuentra el origen de la expresión “extradición encubierta” en una decisión de un tribunal francés de mediados del siglo XIX: “La expresión *extradition déguisée* fue utilizada ya en 1860 por un tribunal de Francia ...”. *Ibid.*, en la página 78, nota 2 (en referencia a Decocq, André, “La livraison des délinquants en dehors du droit commun de l’extradition”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1964, págs. 411 a 424).

adonde ir. A diferencia de la extradición, que se basa en un tratado, la expulsión no otorga ningún derecho a ningún otro Estado y, también en teoría, ese Estado no puede tener ningún control sobre el destino del extranjero.

[...]

El argumento en favor de los procedimientos simplificados de extradición seguirá siendo ampliamente defendido, en particular entre Estados aliados o con buenas relaciones. Se reducen las demoras y los gastos, y la expulsión basada en la legislación sobre emigración permite evitar los inconvenientes que se derivan de los argumentos jurídicos débiles, o bien cuando el delito imputado no figura en el tratado de extradición o no existe ni siquiera un tratado. Y sin embargo, está claro que las legislaciones modernas sobre expulsión se han redactado teniendo parcialmente en cuenta las normas relativas al respeto de las garantías legales y la conveniencia de disponer de un derecho de recurso. En esa medida, esas leyes reflejan la propagación de los principios de los derechos humanos y pueden considerarse hasta cierto punto una indicación de las actitudes contemporáneas de los Estados en relación con los derechos de las personas.”<sup>1054</sup>

#### b) Expulsión o extradición

434. Ya en 1982, el Instituto de Derecho Internacional distinguía entre expulsión y extradición<sup>1055</sup>, insistiendo en que la entrega por un Estado de un delincuente refugiado en su territorio sólo se podía efectuar si se cumplían las condiciones para la extradición:

“Las medidas de deportación y extradición serán independientes entre sí; el hecho de que se haya denegado la extradición no significa que se haya renunciado al derecho a deportar<sup>1056</sup>.

Un expulsado que se haya refugiado en un territorio con objeto de evitar el enjuiciamiento penal no puede ser entregado, por medios indirectos, al Estado en que tendría lugar el proceso, salvo que se cumplan como es debido las condiciones para la extradición.”<sup>1057</sup>

<sup>1054</sup> Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, págs. 223 a 225 (se omiten las citas).

<sup>1055</sup> Véase también la parte III.C.1 e).

<sup>1056</sup> *Règles internationales*, nota 56 *supra*, artículo 15.

<sup>1057</sup> *Ibid.*, artículo 16. “En 1892, el Instituto de Derecho Internacional resolvió que la expulsión no puede degenerar en una extradición encubierta cuando no se pueda recurrir a la extradición. La práctica moderna de los Estados muestra que esa resolución no es una manifestación de *lex lata*. En *R. c. Brixton Prison, ex parte Soblen* [[1963] 2Q.B.243] se sostenía que el Ministro del Interior había autorizado la deportación del extranjero con objeto de lograr su entrega a los Estados Unidos en condición de prófugo, que no podía ser sometido a extradición por razón del carácter político de su delito. El Tribunal no encontró nada que objetar a la deportación, pero afirmó que no consideraba probado que las autoridades estadounidenses hubiesen pretendido el regreso del Dr. Soblen. De ello podemos deducir que el Tribunal habría anulado la orden de deportación si a su juicio hubiera quedado demostrado que había habido *mala fide*, y sólo en ese caso, y no por las razones indicadas en la Orden sobre extranjería [Orden sobre extranjería de 1953, S.I. No. 1671]. Pero la causa *Soblen* no es única. El Tribunal Supremo de Israel ha confirmado la validez de la deportación de un extranjero a un país en el que podía ser detenido aunque no extraditado por el delito [*Joanovici*, (1958) 12 Sup. Ct. 646]. De las disposiciones legislativas en vigor en el Canadá [Ley sobre la inmigración, S.C. 1976-77, cap. 52, artículo 54 2)], la India [A. Sinha, *Law of Citizens and Aliens in India*, 1962 en la página 22] y Nigeria [Ley de 1963, modificada, artículo 17] se deduce que no se puede objetar la formulación



435. El principio de que una expulsión, para estar ajustada a derecho, no ha de constituir una extradición encubierta también ha sido confirmado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. En su Recomendación 950 (1982) sobre la extradición de delincuentes, la Asamblea Parlamentaria advirtió que:

“En determinados casos, los delincuentes han sido expulsados a un país que de lo contrario quizás hubiese presentado una solicitud de extradición, pero ese procedimiento de expulsión es arbitrario y por ello, insatisfactorio.”<sup>1058</sup>

436. En cambio, la Comisión Europea de Derechos Humanos sostiene que una expulsión que constituya una extradición encubierta no es necesariamente contraria a derecho con arreglo al Convenio Europeo de Derechos Humanos:

“En *C. c. República Federal de Alemania*, la Comisión Europea de Derechos Humanos resolvió que el Convenio no prohíbe a un Estado expulsar a una persona a su país de origen cuando haya un proceso penal abierto contra ella en ese país o ya haya sido condenada en él. Desde la perspectiva del Estado de destino, la Comisión ya había resuelto en el caso *Altmann* que ‘aunque la expulsión del demandante pudiera considerarse una extradición encubierta, esto no constituiría de por sí una infracción del Convenio’.”<sup>1059</sup>

437. Los tribunales nacionales de diversos Estados han sido invitados a pronunciarse sobre si una expulsión constituía una extradición encubierta<sup>1060</sup>. En

---

de instrucciones para la deportación de un extranjero de esos países alegando que se le quiere detener en la jurisdicción a la cual ha de ser expulsado. Aunque en algunos otros países, que quizás son mayoría, es de aplicación la norma inversa, no hay consenso en la materia y lo más que se puede decir es que el derecho comparado corrobora la idea de que los Estados no pueden elegir arbitrariamente el destino al que se ha de enviar al extranjero”. Richard Plender, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pág. 469, nota 136 (que cita, como ejemplo de la norma inversa, Australia: *Znaty v. Minister for Immigration*, 126 C.L.R. (1976) 1; *Barton v. Commonwealth*, 131 C.L.R. (1974) 477; Japón: Ley No. 68, de 21 de julio de 1953, artículo 2 1); y Francia: “el juicio de *Klaus Barbie* se produjo como consecuencia de su deportación, no de su extradición, que no constituía ningún obstáculo jurisdiccional en los tribunales franceses: 6 de octubre de 1983, 1984 D.113”).

<sup>1058</sup> Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, Recomendación 950 (1982) sobre la extradición de delincuentes, 1º de octubre de 1982, párr. 8.

<sup>1059</sup> Giorgio Gaja, nota 28 *supra*, pág. 299 (en referencia a la Decisión de 2 de diciembre de 1985 en 45 *Decisions and Reports* 198 en la página 209 y la Decisión de 4 de julio de 1984 en 37 *Decisions and Reports* 225 en la página 233, respectivamente).

<sup>1060</sup> Véanse, por ejemplo, *Barton v. Commonwealth of Australia*, Tribunal Superior, 20 de mayo de 1974, *International Law Reports*, vol. 55, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 11 a 37; *Lülf c. State of the Netherlands*, Tribunal de Apelaciones de La Haya, 17 de junio de 1976, *International Law Reports*, vol. 74, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 424 a 426; *R. v. Bow Street Magistrates, ex parte Mackeson*, Tribunal Supremo de Inglaterra (Tribunal de División), 25 de junio de 1981, *International Law Reports*, vol. 77, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 336 a 345; *R. v. Guildford Magistrates' Court, ex parte Healy*, Tribunal Supremo de Inglaterra (Tribunal de División), 8 de octubre de 1982, *International Law Reports*, vol. 77, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 345 a 350; *Mackeson c. Minister of Information, Immigration and Tourism and Another*, Zimbabwe Rhodesia, Tribunal Supremo, Sala General, 21 de noviembre de 1979, *International Law Reports*, vol. 88, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood, A.G. Oppenheimer (eds.), págs. 246 a 259; *Residence Prohibition Order Case (2)*, República Federal de Alemania, Tribunal Administrativo Superior de Münster, 1º de octubre de 1968, *International Law Reports*, vol. 61, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 433 a 436; *Hans Mutter of Numberg c. Superintendent, Presidency Jail, Calcutta, and Others*, 1955, Tribunal Supremo de la India, *International Law Reports*, vol. 22, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), pág. 497; *Mohamed and Another*, nota 221 *supra*, pág. 469. En su

algunos casos, los tribunales nacionales han examinado el propósito de la expulsión y la intención de los Estados interesados para proceder a dicha determinación<sup>1061</sup>.

438. A este respecto, cabe señalar una causa fallada por el Tribunal Constitucional de Sudáfrica en la cual los demandantes impugnaron la legalidad de la expulsión del Sr. Mohamed a los Estados Unidos aduciendo que esa deportación constituía una extradición encubierta. El Tribunal basó su fallo en otras consideraciones, a saber, el hecho de que la entrega del Sr. Mohamed a los Estados Unidos, donde le esperaba la

---

análisis de las expulsiones impugnadas y sus consecuencias, los tribunales han considerado en particular la forma, el fondo y el propósito de los procedimientos recurridos.

<sup>1061</sup> “No se trató en ningún caso de extradición velada, porque no se había probado que el Estado hubiese influido en la decisión de Alemania Oriental de retirar la petición de extradición y el Estado se sintió razonablemente obligado a entregar el alemán oriental a la policía de fronteras de Alemania Oriental, puesto que sólo ese país estaba obligado a admitirlo y estaba justificado que el Estado presumiese que ningún otro país desearía admitirlo, ya que no poseía un documento de viaje válido”. *Lülf c. State of the Netherlands*, Tribunal de Apelaciones de La Haya, 17 de junio de 1976, *International Law Reports*, vol. 74, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 424 a 426, en especial pág. 426: “Por ello, si el propósito del Ministro del Interior en ese caso hubiese sido entregar al demandante como delincuente prófugo a los Estados Unidos de América porque lo habían reclamado, ello sería contrario a derecho. Pero si el propósito del Ministro del Interior era deportar al extranjero a su país porque consideraba que su presencia aquí no era propicia para el bien público, la actuación del Ministro está ajustada a derecho. Estos tribunales han de indagar si el propósito del Ministro del Interior era contrario a derecho o no”. *Reg v. Governor of Brixton Prison, Ex parte Soblen*, Tribunal Supremo de Justicia de Inglaterra, Queen’s Bench Division, 24 de agosto de 1962, *International Law Reports*, vol. 33, E. Lauterpacht (ed.), págs. 255 a 293, en especial pág. 280. “No existe absolutamente ningún motivo para suponer que la policía ha intentado persuadir a las autoridades estadounidenses de que deporten a ese demandante para que puedan arrestarlo en ese país y eludir así las disposiciones del tratado de extradición entre los dos países”. *R. v. Guildford Magistrates’ Court, ex parte Healy*, Tribunal Supremo de Inglaterra (Tribunal de División), 8 de octubre de 1982, *International Law Reports*, vol. 77, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 345 a 350, en especial pág. 348; “En términos simples, la pregunta es: ¿se ejerció la potestad de detener al demandante con el objetivo de asegurar la expulsión de este país de un habitante indeseable, una persona cuya presencia continua no es propicia para el bien público? ¿O bien se ejerció esa potestad con el propósito oculto de expulsar hacia el Reino Unido, en el interés de la justicia en general, a una persona acusada de haber transgredido las leyes de ese país?” *Mackeson*, nota 1060 *supra*, pág. 251; “De modo similar, la expulsión no puede ordenarse como medio de evitar la prohibición de extraditar. No obstante, esa expulsión sólo se considera inadmisibles cuando ha quedado patente que la intención de las autoridades era evitar la reglamentación restrictiva sobre extradición”. *Residence Prohibition Order Case (2)*, República Federal de Alemania, Tribunal Administrativo Superior de Münster, 1º de octubre de 1968, *International Law Reports*, vol. 61, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 433 a 436, en especial pág. 435. Véase también *Lopez de la Calle Gauna*, Consejo de Estado, Francia, 10 de abril de 2002 (se permite la expulsión a un Estado de la nacionalidad aunque el interesado tenga acusaciones penales pendientes en él, a condición de que no se haya presentado una petición de extradición). Sin embargo, véase: “El hecho de que se haya formulado una petición [de extradición] no restringe la discreción del Gobierno para optar por el procedimiento [de expulsión] menos gravoso de la Ley de extranjería en relación con un extranjero, a condición de que en ese caso la persona en cuestión salga de la India como un hombre libre”. *Muller v. Superintendent, Presidency Jail, Calcutta and Others*, Tribunal Supremo de la India, 23 de febrero de 1955, *International Law Reports*, 1955, H. Lauterpacht (ed.), págs. 497 a 500, en especial pág. 500. “Si el demandante, fuera de nuestro territorio, no fuese dejado en libertad sino enviado a Italia [donde era probable que se enfrentase a acusaciones penales por actividades políticas], se habría llevado a cabo una verdadera extradición que el Gobierno de Italia no ha solicitado y el Gobierno del Brasil no ha decidido conceder”. *In re Esposito*, Tribunal Federal Supremo del Brasil, 25 de julio de 1932, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1933-1934*, H. Lauterpacht (ed.), Caso No. 138, págs. 332 y 333, en especial pág. 333.

pena de muerte, era contraria a la Constitución de Sudáfrica. No obstante, el examen de la distinción entre la deportación y la extradición realizado por el Tribunal podría ser de interés a los efectos presentes.

“La deportación y la extradición tienen objetivos distintos. Con la deportación se trata de expulsar de un Estado a un extranjero que no tiene permiso para estar en él. La extradición es la entrega por un Estado a otro Estado de una persona condenada o acusada allí de un delito, con el propósito de que el Estado que la recibe pueda ocuparse de esa persona de acuerdo con las disposiciones de su legislación. Sin embargo, a veces su objetivo puede coincidir cuando un extranjero ilegal es ‘deportado’ a otro país que desea juzgarlo por haber cometido una infracción penal cuyo enjuiciamiento es competencia de sus tribunales.

La deportación es habitualmente un acto unilateral, mientras que la extradición es consensual. Los procedimientos para la deportación y para la extradición son distintos y esas diferencias pueden ser importantes en casos concretos, en particular cuando se impugna la legalidad de la expulsión. En las circunstancias del presente caso, sin embargo, la distinción no es pertinente. El procedimiento seguido para expulsar a Mohamed a los Estados Unidos de América era contrario a derecho, ya se concibiese como una deportación o como una extradición. Además, la obligación del Gobierno de Sudáfrica de obtener garantías de que no se impondrá la pena de muerte a una persona a quien se expulsa de Sudáfrica a otro país no puede depender de que la expulsión se efectúe mediante extradición o deportación. Esa obligación depende de los hechos del caso concreto y de las disposiciones de la Constitución, no de las disposiciones de la legislación habilitadora o el tratado de extradición en virtud de los que se lleve a cabo la ‘deportación’ o ‘extradición’.”<sup>1062</sup>

439. En uno de sus primeros casos, el Tribunal Supremo de la India reconoció el principio de libertad de elección del Estado en cuanto al procedimiento para obligar al extranjero a abandonar su territorio:

“La Ley de extranjería otorga la potestad de expulsar a los extranjeros de la India. Confiere al Gobierno central una discreción absoluta y sin trabas y, como no existe ninguna disposición que limite esa discreción en la Constitución, subsiste un derecho ilimitado a expulsar. [...] La Ley de extranjería no está sujeta a las disposiciones de la Ley de extradición. Son dos leyes independientes y ninguna de las dos afecta a la otra. Aunque haya una petición y buenos argumentos para concederla, el Gobierno no está obligado a acceder a ella ... Así pues, si se decide no acceder a la petición, la persona contra la que vaya dirigida no podría insistir en que se cumpla. El derecho no es suyo, y el hecho de que se haya formulado esa petición no restringe la discreción del Gobierno para optar por el procedimiento menos gravoso de la Ley de extranjería en relación con un extranjero, a condición de que en ese caso la persona en cuestión abandone la India como un hombre libre. Si no se hubiera concedido al Gobierno la posibilidad de elegir, la situación habría sido distinta; pero, como al Gobierno se le da el derecho a escoger, no puede hablarse de falta de buena fe sólo porque el Gobierno ejerce el derecho de

<sup>1062</sup> *Mohamed and Another*, nota 221 *supra*, págs. 486 y 487, párrs. 41 y 42.

elección que le confiere la ley. Este argumento contra la buena fe del Gobierno no se tiene en pie.”<sup>1063</sup>

440. En la causa *Barton v. Commonwealth of Australia*, el Tribunal Supremo de Australia examinó la situación planteada cuando el Gobierno de Australia pidió la extradición de un nacional australiano al Brasil. El Tribunal observó que el Gobierno de Australia había formulado la siguiente petición por vía diplomática:

“No habiendo un tratado de extradición entre el Brasil y Australia, la Embajada tiene el honor de solicitar que se proceda a la detención de conformidad con lo dispuesto en el artículo 114 del Decreto Ley 66.689, de 11 de junio de 1970. Aunque el derecho australiano no contiene una legislación similar, existen procedimientos de deportación en virtud de la Ley de migración que, con la aprobación de los Ministros, podrían aplicarse en caso de que el Brasil pida la devolución de un prófugo a Australia.”<sup>1064</sup>

441. Aunque el Tribunal sostuvo que la petición de extradición era legítima, también sostuvo que, sin un tratado de extradición, el requisito de reciprocidad para la extradición no podía satisfacerse por referencia a disposiciones legislativas sobre la deportación, puesto que los dos procedimientos no estaban vinculados entre sí. Barwick, Presidente del Tribunal, señaló:

“En vez de recurrir a la extradición como medio de entrega, la mayoría de los países ejercen un derecho de expulsión de las personas cuya estancia en el país se considera indeseable. Cuando ese derecho de expulsión es objeto de una reglamentación legislativa, como ocurre habitualmente en los países del common law, existen restricciones a su ejercicio, que a menudo se aplican a la finalidad prevista de la expulsión. En ocasiones pueden surgir dudas en cuanto a la inadmisibilidad del propósito real de la expulsión y sobre si en verdad se trata de una extradición no autorizada, o lo que un tratadista ha denominado ‘extradición encubierta’ (véase O’Higgins en 27 Mod LR 521). Está claro que una potestad de expulsión, como por ejemplo la que otorgan las leyes sobre migración o inmigración, no equivale a una potestad de extraditar. Emplear la potestad de expulsión como sucedáneo es una práctica poco satisfactoria desde el punto de vista internacional y nacional. Además el poder ejecutivo, al que la ley limita las ocasiones y los propósitos de la expulsión, no puede acceder válidamente a emplear esa potestad como equivalente general de la potestad de extraditar, por mucho que en ocasiones la expulsión pueda hacer las veces de la extradición en un caso concreto, debido a sus circunstancias. Hay objeciones obvias contra la utilización de la potestad relacionada con la inmigración o la expulsión como sucedáneo para la extradición: véase *Shearer, Extradition in International Law*, págs. 19 y 87 a 90; véase también *O’Higgins, Disguised extradition*, 27 Mod LR 521 a 539; *Hackworth’s Digest of International Law* vol. 4, pág. 30.

[...]

Así pues, cuando la potestad de entregar no exista al margen de la ley correspondiente, como ocurre en Australia, el país solicitante no puede ofrecer pertinentemente la reciprocidad con respecto a personas o delitos que no

<sup>1063</sup> *Muller v. Superintendent, Presidency Jail, Calcutta and Others*, Tribunal Supremo, 23 de febrero de 1955, *International Law Reports*, 1955, H. Lauterpacht (ed.), págs. 497 a 500, en especial págs. 498 a 500.

<sup>1064</sup> *Barton v. Commonwealth of Australia*, Tribunal Superior, 20 de mayo de 1974, *International Law Reports*, vol. 55, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 11 a 37, en especial pág. 12.

entren dentro del ámbito de la legislación aplicable o a Estados a los que no se aplique dicha legislación. Tampoco puede comprometerse un país a utilizar su potestad de expulsión como una potestad para extraditar, de modo que quede satisfecha la necesidad de reciprocidad. Por las razones a las que me he referido brevemente, el propósito limitado para el cual se puede utilizar correctamente la potestad de expulsión la hace bastante inadecuada como medio de garantizar que se extraditará a un prófugo cuando se pida. Así, en el caso de Australia, la Ley de migración 1958-1966 no podría servir de equivalente de la potestad de extradición; tampoco la existencia de esa Ley podría garantizar una promesa de trato recíproco en la extradición. No obstante, corresponde por supuesto al Estado que recibe la petición decidir por sí solo si considera o no suficiente una promesa de reciprocidad.”<sup>1065</sup>

442. En cuanto a las consecuencias de la extradición encubierta, esta cuestión se planteó en la causa *R. v. Bow Street Magistrates, ex parte Mackeson*<sup>1066</sup>, en la que el Tribunal Supremo de Inglaterra examinó si podría proceder a examinar el caso de un extranjero que había sido expulsado de Zimbabwe con el propósito de efectuar una extradición encubierta. El Tribunal sostuvo que:

“Con independencia de la razón por la que el demandante se hallase en la pista del aeropuerto de Gatwick, y de que hubiese llegado allí con engaño o por medios ilegales, el caso es que estaba allí y fue detenido por las fuerzas de policía de este país. Por consiguiente, el simple hecho de que su llegada se hubiese efectuado mediante una ilegalidad no anulaba en modo alguno la jurisdicción del Tribunal.”<sup>1067</sup>

443. No obstante, el Tribunal hizo uso de su facultad de inhibirse del caso, por razones de equidad<sup>1068</sup>.

## 9. Expulsión confiscatoria

444. Ha habido casos de aparentes “expulsiones confiscatorias”, o sea de extranjeros que pueden haber sido expulsados para facilitar la privación de sus bienes contraria a derecho, como en la causa *Nottebohm*<sup>1069</sup>, en la expulsión de

<sup>1065</sup> *Ibid.*, págs. 14 a 16. “No obstante, en esas circunstancias la expulsión puede ser ilegal con arreglo al derecho interno. Si así fuere, como observó el Tribunal Federal de Australia en *Schlieske v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs*, la ‘distinción [...] entre una deportación con propósito de extraditar (‘extradición encubierta’) y una deportación con fines de control de la inmigración que incidentalmente se salda en una extradición *de facto*’ puede ser ‘de difícil aplicación práctica’. Giorgio Gaja, nota 28 *supra*, pág. 299 (en referencia a la sentencia de 8 de marzo de 1988, 84 *Australian Law Reports* 719 en la pág. 725).

<sup>1066</sup> *R. v. Bow Street Magistrates*, nota 1060 *supra*. Para llegar a su conclusión, el Tribunal se basó ampliamente en las constataciones del Tribunal Supremo de Rhodesia, anteriores a la expulsión del Sr. Mackeson. Véase *Mackeson*, nota 1060 *supra*.

<sup>1067</sup> *R. v. Bow Street Magistrates*, nota 1060 *supra*, pág. 343.

<sup>1068</sup> *Ibid.*, págs. 336 a 345.

<sup>1069</sup> “Liechtenstein reclamó una indemnización por la detención y expulsión contrarias a derecho de Nottebohm y la negativa a readmitirlo, así como una indemnización más general por la intromisión en la propiedad y la privación de bienes contrarias a derecho. Si el Tribunal hubiese estado dispuesto a entrar en el fondo de la cuestión, tendría que haber examinado si la expulsión de Nottebohm y la negativa a readmitirlo se habían efectuado con miras a expropiar sus bienes. El hecho de que posteriormente se interpusieran más de cien procedimientos distintos para privar a Nottebohm de sus derechos de propiedad podría haber inducido al Tribunal a examinar las segundas intenciones del Estado que expulsó”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 211.

asiáticos efectuada por Uganda<sup>1070</sup>, y en la expulsión de nacionales británicos de Egipto<sup>1071</sup>. La legalidad de esas expulsiones se ha puesto en duda desde la perspectiva de la falta de un motivo válido para la expulsión<sup>1072</sup>, así como de los derechos humanos relacionados con los intereses patrimoniales que se analizan a continuación.

## B. Consideraciones de derechos humanos

445. La expulsión de extranjeros debe llevarse a cabo de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos. Hay diversos derechos que pueden influir en la expulsión de extranjeros, como: 1) los derechos de la familia; 2) la libertad de expresión; 3) los derechos sindicales; 4) los derechos de la propiedad,

<sup>1070</sup> “En determinadas circunstancias, la expulsión puede muy bien ser sólo un aspecto de otra cosa, como una expropiación. En agosto de 1972, el Presidente Amin de Uganda anunció que pedía al Reino Unido que se hiciese responsable de todos los ciudadanos británicos de origen asiático residentes en Uganda, ‘porque están saboteando la economía’. Se fijó un plazo de tres meses para que salieran del país y se implantaron controles estrictos para limitar la transferencia de fondos al extranjero. ... El Decreto sobre declaración de bienes (de asiáticos no ciudadanos) de 1972, firmado el 4 de octubre pero con retroactividad al 9 de agosto, disponía que ninguna persona que abandonase Uganda por razón del decreto anterior podía transferir ‘ningún bien inmueble, sociedad de autocares, granjas, incluido el ganado, ni empresa a ninguna otra persona’. Posteriormente se dispuso que todo ‘asiático que abandonase el país’ tenía que declarar sus bienes y efectuar la cesión de sus bienes o empresas a un agente. ... Aunque un plazo de tres meses puede ser considerado razonable, fue un período de confiscación generalizada de bienes personales y de otra naturaleza y se dieron pocas indicaciones, o ninguna, de que se tuviera la intención o la voluntad de pagar una indemnización. Ese hecho en sí mismo parece indicar que las expulsiones se efectuaron, en parte al menos, con el propósito de realizar una expropiación contraria a derecho”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, págs. 212 a 216 (se omiten las citas).

<sup>1071</sup> “El Reino Unido adoptó una postura similar con respecto a los bienes de sus ciudadanos después de las expulsiones efectuadas por Egipto en 1956 y, como represalia, el Gobierno impuso a los bancos egipcios de Londres limitaciones de control de cambios. Finalmente, el contencioso entre las partes se resolvió mediante un acuerdo y, a cambio de levantar el control de cambios, la República Árabe Unida acordó levantar las medidas de embargo, devolver los bienes británicos, con algunas excepciones y pagar 27.500.000 libras para zanjar íntegra y definitivamente la reclamación por los bienes retenidos y por los daños y perjuicios causados a los bienes antes de 1959. Está claro que la intención de expropiar sin indemnización, puesto que niega la función esencial de la expulsión, también puede privar al ejercicio de la discrecionalidad de su carácter de acto de *bona fide*”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 216 (se omiten las citas).

<sup>1072</sup> “Si el propósito de la deportación o la expulsión es realmente privar al extranjero, sin indemnización adecuada, del goce de sus bienes, profesión u ocupación, la privación de bienes o el período de reajuste consiguientes constituirían una infracción del artículo 10 o del artículo 11, según el caso”. 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, págs. 545 a 584, en especial pág. 566 (en referencia al proyecto de convención sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a los extranjeros, en particular los artículos 10 (Expropiación y privación del uso o goce de bienes) y 11 (Privación de medios de vida) preparado por los autores). Cabe señalar también el apartado b) del párrafo 2 del artículo 11 del proyecto de convención sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a los extranjeros preparado por la Harvard Law School en 1969, que prohíbe la expulsión cuando su intención es privar a un extranjero de sus medios de vida. Ese documento se reproduce en el primer informe sobre la responsabilidad de los Estados del Relator Especial, Sr. Roberto Ago, de 1961, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1969, vol. II, A/CN.4/217, anexo VII, pág. 142.

y 5) el principio de no discriminación<sup>1073</sup>. Esta enumeración no pretende ser exhaustiva. Además, los derechos que son pertinentes para el examen de la expulsión de un extranjero pueden variar en función de los hechos y las circunstancias de cada caso particular. Por otro lado, los Estados pueden restringir ciertas garantías de derechos humanos en determinadas condiciones o dejar sin aplicación ciertos derechos humanos en circunstancias especiales en la medida en que lo permitan las normas internacionales de derechos humanos.

## 1. Los derechos de la familia

446. El principio de la unidad familiar está reconocido en una serie de instrumentos regionales e internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>1074</sup>; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>1075</sup>; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>1076</sup>; la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>1077</sup>; la Convención Internacional sobre la protección de

<sup>1073</sup> “[E]l derecho a expulsar o deportar a una persona, al igual que el derecho a denegar su entrada, debe ejercerse de conformidad con los principios generalmente aceptados del derecho internacional, en especial las normas internacionales de derechos humanos, desde el punto de vista tanto sustantivo como procesal ...” Sohn, Louis B. y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, pág. 89. “El principio de la buena fe y la obligación de aportar justificaciones exigen que se dé la debida consideración a los intereses de la persona, en particular a sus derechos humanos básicos ...” Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 308. “Toda expulsión que menoscabe los derechos humanos protegidos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 o por un instrumento regional, como el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos de 1950, podría ser ilícita para el respectivo Estado signatario”. Arnold, Rainer, “Aliens”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 102 a 107, en especial pág. 104. “No obstante, el derecho a expulsar personas puede estar restringido por los tratados internacionales que protegen los derechos humanos (por ejemplo, el párrafo 4 del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el artículo 3 del Protocolo No. 4 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos) y en el futuro esos principios pueden influir en el derecho internacional consuetudinario”. Doehring, Karl, “Aliens, Expulsion and Deportation”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, 1990, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 109 a 112, en especial pág. 111.

<sup>1074</sup> Artículo 16, párrafo 3: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. “Esa disposición se ha incorporado de forma literal en el párrafo 1 del artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y en el párrafo 1 del artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969. Además, tanto en el artículo 12 de la Declaración como en el artículo 17 del Pacto se dispone, entre otras cosas, que nadie será objeto de injerencias arbitrarias (en el Pacto se añadió “o ilegales”) en su familia, y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias”. Sohn, Louis B. y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, págs. 65 y 66.

<sup>1075</sup> Artículo 23, párrafo 1: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

<sup>1076</sup> Artículo 10: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo”

<sup>1077</sup> Artículo 9, párrafo 1: “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en

los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares<sup>1078</sup>, así como el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos<sup>1079</sup>; la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>1080</sup> y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>1081</sup>.

447. El derecho a la unidad familiar no está reconocido explícitamente en los instrumentos internacionales o regionales. No obstante, se ha expresado la opinión de que el derecho a la unidad familiar o el derecho de los miembros de la familia a vivir juntos está reconocido en el derecho internacional<sup>1082</sup>.

“Quizá sea conveniente hacer ciertas aclaraciones terminológicas. El derecho a la unidad familiar no está expresado como tal en los instrumentos internacionales. La unidad familiar es la expresión que se utiliza generalmente para describir todos los derechos interrelacionados que se enumeran más adelante y que, en el contexto de la migración, abarcan cuestiones referentes a la admisión, la estancia y la expulsión. La unidad familiar también tiene un significado más específico en relación con las limitaciones que impone a la discreción del Estado para separar una familia intacta mediante la expulsión de uno de sus miembros. ... El derecho de los miembros de una familia a vivir juntos está protegido por el derecho internacional. Existe un consenso universal en cuanto a que la familia, en su condición de unidad fundamental de la sociedad, tiene derecho a ser respetada y a recibir protección, asistencia y apoyo. El derecho a la unidad familiar es inherente al reconocimiento de la familia como grupo unitario. El derecho a contraer matrimonio y fundar una familia también incluye el derecho a mantener la unidad familiar”.<sup>1083</sup>

---

casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”.

<sup>1078</sup> Véase la parte X.C.2 b) i).

<sup>1079</sup> Artículo 8: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

<sup>1080</sup> Artículo 17, párrafo 1: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

<sup>1081</sup> Artículo 18: “1. La familia será la unidad natural y la base de la sociedad. Ésta estará protegida por el Estado, el cual se ocupará de su salud física y moral. 2. El Estado tendrá el deber de asistir a la familia, la cual custodia la moral y los valores tradicionales reconocidos por la comunidad”.

<sup>1082</sup> “El derecho a la unidad familiar está ampliamente reconocido en los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos. En su condición de “elemento unitario fundamental” de la sociedad, la familia tiene derecho a recibir protección y apoyo. ... El derecho a la unidad familiar asiste tanto a los no nacionales como a los nacionales. ... Las medidas de expulsión también pueden amenazar con separar a las familias”. Aleinikoff, Alexander T., “International Legal Norms and Migration: A Report” en Alexander T. Aleinikoff, y V. Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003, págs. 1 a 27, en especial pág. 17.

<sup>1083</sup> Jastram, Kate, “Family Unity” en Aleinikoff, T. Alexander y V. Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003, págs. 185 a 201, en especial pág. 183, nota 2 (en que se citan el párrafo 3 del artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; el párrafo 1 del artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; el párrafo 1 del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; el párrafo 1 del artículo 17 de la Convención



448. El derecho a la unidad familiar se ha considerado ampliamente en el contexto de la expulsión de extranjeros<sup>1084</sup>.

“El derecho de la familia a permanecer unida se ha desarrollado más en los casos de expulsión. Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos, en un caso en que se impugnaba la deportación de un inmigrante por entender que era incompatible con el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (que prohíbe las injerencias arbitrarias en la vida privada, la familia o el domicilio) consideró si eran desproporcionados los efectos para la familia derivados de la expulsión en relación con el derecho del Estado a aplicar sus políticas de inmigración. Entre los factores que se han de tener en cuenta están el período de residencia; la edad de los hijos y el efecto de la expulsión de uno de los progenitores; el comportamiento del progenitor, y el interés del Estado en proteger la seguridad pública y promover el cumplimiento de las normas de inmigración. No obstante, al igual que en el contexto de la admisión al país, se ha reconocido que la expulsión no implica necesariamente la destrucción la unidad familiar, ya que puede dar lugar simplemente a la reinstalación de toda la familia en otro Estado”.<sup>1085</sup>

449. La expulsión de extranjeros debe llevarse a cabo de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos relativas a los derechos de la familia<sup>1086</sup>. Si la expulsión de un extranjero provoca la separación de una familia, el

---

Americana sobre Derechos Humanos de 1969; los párrafos 1 y 2 del artículo 18 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981; el párrafo 1 del artículo XVIII de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño de 1990; el artículo 16 de la Carta Social Europea revisada de 1996; y el párrafo quinto del preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989) y nota 3 (en que se citan el párrafo 1 del artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950; el párrafo 2 del artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; y el párrafo 2 del artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969).

<sup>1084</sup> “La jurisprudencia internacional de los derechos humanos en relación con la unidad familiar está más desarrollada en los casos de expulsión, donde los afectados suelen aducir el derecho a la unidad familiar como defensa contra la deportación. A este respecto, la unidad familiar puede verse como un derecho desde el punto de vista sustantivo y de procedimiento. Desde el punto de vista del procedimiento, los Estados tienen menos libertad para expulsar a un miembro de una familia que a una persona sin lazos familiares y están obligados a tener en cuenta los intereses de la familia. ... Como cuestión sustantiva, el respeto de la unidad familiar obliga a sopesar el interés del Estado en la deportación de un miembro de una familia y el interés de esa familia por mantenerse intacta”. Jastram, Kate, “Family Unity” en Aleinikoff, T. Alexander y V. Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003, págs. 185 a 201, en especial pág. 191.

<sup>1085</sup> Aleinikoff, Alexander T., véase la nota 119 *supra*, pág. 18.

<sup>1086</sup> “La obligación de respetar el derecho privado y de familia constituye una restricción adicional de la potestad de los Estados de expulsar a personas de su territorio. La correspondiente protección es importante para los inmigrantes que han establecido lazos con personas que viven en el territorio del país que efectúa la expulsión”. Gaja, Giorgio, véase la nota 28 *supra*, pág. 306. “Sólo existe una obligación internacional de abstenerse de expulsar en los casos en que una expulsión arbitraria y la deportación posterior infrinjan al mismo tiempo derechos humanos generalmente reconocidos, por ejemplo, ... porque resulte previsible la destrucción de la familia, lo cual constituiría una infracción de esos derechos”. Doehring, Karl, “Aliens, Expulsion and Deportation”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 109 a 112, en especial pág. 111. Véase también Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, págs. 284 a 286 y 308; y Sohn, Louis B. y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, pág. 65.

Estado deberá dar una justificación más sólida de su interés en expulsar a esa persona del territorio<sup>1087</sup>. Es más probable que la expulsión de un extranjero cuya unidad familiar esté amenazada se lleve a cabo cuando haya motivos más graves para ello, por ejemplo, si el extranjero ha cometido infracciones penales y no simples violaciones de la legislación de inmigración<sup>1088</sup>. La posibilidad de que los miembros de la familia acompañen al extranjero al país de destino puede tenerse en cuenta a la hora de determinar el efecto de su expulsión para la unidad familiar. No obstante, se ha señalado una falta de coherencia en la práctica pertinente a ese respecto<sup>1089</sup>.

450. La unidad familiar como consideración pertinente para la expulsión de extranjeros está reconocida en el derecho de los tratados, la jurisprudencia

<sup>1087</sup> “En los casos de expulsión, el Tribunal [Europeo] ha tenido en cuenta los derechos de la persona y los intereses de la comunidad para determinar si la expulsión era necesaria en una sociedad democrática. Ese enfoque exige que los Estados presenten una justificación más detallada y por lo general el Tribunal ha fallado en favor de los no ciudadanos que trataban de evitar la separación familiar”. Jastram, Kate, “Family Unity” en Aleinikoff, T. Alexander y V. Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003, págs. 185 a 201 (refiriéndose a *Boultif v. Switzerland*, sentencia, 2 de agosto de 2001, demanda 54273/00) y nota 45 (en que se cita *Berrehab v. The Netherlands*, sentencia, 21 de junio de 1988, demanda 10730/84; *Moustaquim v. Belgium*, sentencia, 25 de enero de 1991, demanda 12313/86).

<sup>1088</sup> “Este tipo de casos, relativos al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hacen pensar que, en particular cuando la expulsión está motivada solamente por infracciones de la legislación de inmigración, y no por infracciones de carácter penal, y afecta a hijos en posesión de la nacionalidad, es difícil que los Estados puedan aducir solamente su interés en el cumplimiento de las normas de migración como justificación para separar a una familia”. Jastram, Kate, “Family Unity” en Aleinikoff, T. Alexander y V. Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003, págs. 185 a 201, en especial pág. 192 (en referencia a las decisiones del Comité de Derechos Humanos *Canepa c. Canadá*, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/59/D/558/1993 (20 de junio de 1997); *Canepa y Stewart c. Canadá*, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/58/D/538/1993 (16 de diciembre de 1996); y *Winata c. Australia*, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/72/D/930/2000 (16 de agosto de 2001)). “En relación con el respeto de la vida familiar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dado a entender que no aceptará sin más la aseveración de un Estado respecto del peligro que representa un determinado miembro de la familia. Es más, para que la expulsión de un miembro de la familia esté justificada, ésta deberá ser “necesaria”, o sea que el interés del Estado (por ejemplo, en prevenir delitos o disturbios) ha de estar motivado por una “necesidad social urgente” que, en definitiva, tenga precedencia sobre el interés de la persona afectada en mantener la unidad familiar. Por lo tanto, el mero hecho de que un extranjero haya sido condenado por un delito puede no ser suficiente para justificar su deportación si, dadas las circunstancias, el interés del extranjero en permanecer en el país es especialmente agudo o si la condena previa no demuestra necesariamente que tiene una propensión a delinquir”. Fisher, David et al., véase la nota 130 *supra*, págs. 117 a 118 y notas 233 a 235 (en que se cita *Moustaquim v. Belgium* (1991) 13 EHRR 802; *Beldjoudi v. France* (1992) 14 EHRR 801, en el párrafo 74; *Nasri v. France* (1996), 21 EHRR 458, en el párrafo 46, y en *sentido contrario*, *Boughanemi v. France* (1996) 22 EHRR 228 (“entendiendo que la condena a una pena de cuatro años de prisión era lo suficientemente grave como para imponerse sobre el derecho del deportado a que se respetara la unidad de su familia”).

<sup>1089</sup> “Al contrario que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos no parece determinar, como primer paso, si la familia puede acompañar al expulsado a su país de origen antes de adoptar una decisión sobre la aplicabilidad de la disposición. Si existen lazos familiares en el país de estancia, el Comité suele aceptar fácilmente que la expulsión o deportación afectará a la vida familiar. A la luz de los numerosos problemas que ha causado el enfoque del Tribunal Europeo, hay que reconocer que este planteamiento es más positivo. No obstante, todavía es demasiado pronto para saber cómo se desarrollará ese enfoque en casos más complejos que los que se han tratado hasta la fecha”. Kálin, Walter, véase la nota 277 *supra*, págs. 153 y 154 (se omiten las citas).

internacional y el derecho y la jurisprudencia nacionales, como se verá a continuación.

451. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha recomendado a los Estados partes en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial que eviten “la expulsión de los no ciudadanos, en particular de los residentes de larga data, que pueda tener como resultado una interferencia desproporcionada en el derecho a la vida familiar”<sup>1090</sup>.

452. En el marco de las instituciones europeas, está bien establecida la práctica de considerar la unidad de la familia como un elemento que hay que tener en cuenta en la adopción de decisiones sobre la expulsión de extranjeros.

453. En el párrafo 1 del artículo 3 del Convenio Europeo de Establecimiento se dispone que un Estado Parte podrá expulsar a un nacional de otro Estado Parte que resida legalmente en el territorio del primero, por motivos de orden público y seguridad nacional. En el apartado b) de la sección III del Protocolo de este Convenio, que, entre otras cosas, hace referencia al artículo 3 del Convenio, se estipula lo siguiente:

“En el ejercicio de sus derechos establecidos, las Partes Contratantes se comprometen a prestar la debida consideración a los lazos familiares.”

454. En el apartado c) de la sección III de ese mismo Protocolo se hace hincapié en la obligación que tienen las Partes Contratantes de prestar la consideración debida a los lazos familiares al ejercer el derecho de expulsión:

“El derecho de expulsión sólo se podrá ejercer en casos particulares. En el ejercicio del derecho de expulsión, las Partes Contratantes deberán actuar con miramiento, teniendo presentes las relaciones particulares existentes entre los miembros del Consejo de Europa. En particular deberán tener debidamente en cuenta los lazos familiares de la persona afectada y su período de residencia en el territorio.”

455. El artículo 8 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos dispone lo siguiente:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

456. Sobre la base de esa disposición, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con los derechos de la familia y la expulsión de extranjeros ha sido consistente. En varios casos de expulsiones que afectaban a la vida familiar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró si la expulsión era “necesaria en una sociedad democrática” para la defensa de los intereses mencionados en el párrafo 2 del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

<sup>1090</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación general No. XXX sobre la discriminación contra los no ciudadanos, 64º período de sesiones, 23 de febrero a 12 de marzo de 2004, CERD/C/64/Misc.11/Rev.3, párr. 28.

457. En la causa *Moustaquim c. Bélgica*, el Tribunal decidió que la deportación del Sr. Moustaquim no era “necesaria en una sociedad democrática”<sup>1091</sup>. Dadas las circunstancias de este caso, en particular el largo período de tiempo que el Sr. Moustaquim había residido en Bélgica, los lazos establecidos por sus familiares más cercanos con Bélgica, así como el intervalo relativamente largo entre la última infracción cometida por el Sr. Moustaquim y la orden de deportación, el Tribunal llegó a la conclusión de que esa medida no era “necesaria en una sociedad democrática” porque “no se había observado un equilibrio apropiado entre los intereses en cuestión, y [...] por tanto los medios empleados eran desproporcionados en relación con el legítimo objetivo que se perseguía”<sup>1092</sup>. Por consiguiente, el Tribunal consideró que se había producido una violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

458. De igual modo, en la causa *Nasri c. Francia*, el Tribunal tuvo debidamente en cuenta las condiciones físicas y la situación social del demandante, incluidos sus lazos familiares. Dado que la mayoría de sus familiares eran nacionales franceses y no tenían lazos estrechos con Argelia, el Tribunal falló que la expulsión del demandante de Francia no era “necesaria en una sociedad democrática”, aunque había sido condenado por violación.

“Teniendo en cuenta la concurrencia de circunstancias especiales, en particular su condición de persona sordomuda que sólo es capaz de lograr un equilibrio social mínimo en el seno de su familia, cuyos miembros son en su mayoría franceses y no tienen lazos estrechos con Argelia, la deportación del demandante, si se llegara a ejecutar, no guardaría proporción con el legítimo objetivo que se espera conseguir, sería contraria al derecho a que se respete la vida en familia y, por ende, constituiría una violación del artículo 8.”<sup>1093</sup>

459. En otros casos el Tribunal consideró, por el contrario, que el Estado expulsor no había violado el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Uno de los factores que el Tribunal tuvo en cuenta fue la posibilidad de que el extranjero expulsado pudiera establecer lazos familiares en su país de origen. En la causa *Cruz Varas y otros c. Suecia*, el Tribunal sostuvo que “las pruebas aportadas no indicaban que hubiera ningún obstáculo para el establecimiento de la vida familiar en su país de origen”<sup>1094</sup>.

460. En términos más generales, en la causa *Boultif c. Suiza* el Tribunal estableció una lista de criterios para determinar si la injerencia en la vida familiar como consecuencia de una expulsión era “necesaria en una sociedad democrática”. Esos criterios son el tipo y la gravedad del delito cometido por el demandante, la

<sup>1091</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case of Moustaquim v. Belgium*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 18 de febrero de 1991, demanda 12313/86, párrs. 41 a 46.

<sup>1092</sup> *Ibid.*, párr. 46. Véase también *Case of Berrehab v. The Netherlands*, sentencia, 21 de junio de 1988, demanda 10730/84, párrs. 19 a 29.

<sup>1093</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case of Nasri v. France*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 13 de julio de 1995, demanda 19465/92, párr. 46.

<sup>1094</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case of Cruz Varas and Others v. Sweden*, sentencia (sobre el fondo), 20 de marzo de 1991, demanda 15576/89, párr. 88. Véase también *Case of C. v. Belgium*, sentencia (sobre el fondo), 7 de agosto de 1996, demanda 21794/93, párrs. 32 a 36. Teniendo en cuenta los estrechos lazos que el demandante había mantenido con su país de origen y la gravedad de los delitos cometidos contra la legislación de estupefacientes, el Tribunal sostuvo que no había nada que “indicase que las autoridades belgas hubiesen actuado de manera arbitraria o irracional, o que hubieran incumplido su obligación de mantener un justo equilibrio entre los intereses pertinentes. La expulsión del demandante no se podía considerar desproporcionada en relación con el legítimo objetivo que se perseguía”.

duración de la estancia del demandante en el territorio del Estado, el momento en que se haya cometido el delito y otros muchos factores relativos a los lazos familiares del demandante, en particular los hijos:

“El Tribunal sólo ha resuelto un número limitado de casos en los que el principal obstáculo para la expulsión era que ésta crearía dificultades para que los cónyuges permanecieran juntos, en particular si uno de ellos o los hijos se trasladaran a vivir en el país de origen del otro. Por lo tanto, es necesario establecer unos principios rectores para determinar si la medida en cuestión es necesaria en una sociedad democrática.

Al evaluar los criterios pertinentes en este tipo de casos, el Tribunal deberá considerar el tipo y la gravedad del delito cometido por el demandante; la duración de la estancia del demandante en el país del que va a ser expulsado; el tiempo transcurrido desde que ha cometido el delito y el comportamiento del demandante durante ese período; la nacionalidad de las distintas personas afectadas; la situación familiar del demandante, por ejemplo, el tiempo que lleva casado; otros factores que demuestren que la pareja ha vivido verdaderamente en familia; si el cónyuge tenía conocimiento del delito en el momento en que inició la relación de familia, y si el matrimonio tiene hijos y, de ser así, la edad de los mismos. Además, el Tribunal deberá considerar la gravedad de las dificultades con que pueda tropezar el demandante en su país de origen, aunque el mero hecho de que una persona pueda enfrentarse a ciertas dificultades al acompañar a su cónyuge no es motivo suficiente para descartar la expulsión.”<sup>1095</sup>

461. En su recomendación No. (2002) 4, el Comité de Ministros del Consejo de Europa resaltó que antes de decidir sobre la expulsión de un miembro de la familia era necesario examinar debidamente diferentes criterios, como el lugar de nacimiento de la persona, su edad en el momento de entrar en el territorio, la duración de la residencia, la situación familiar y los lazos con el país de origen.

“1. Cuando consideren la posibilidad de retirar, denegar o renovar el permiso de residencia o de expulsar a un miembro de una familia, los Estados miembros deberán tener debidamente en cuenta criterios tales como el lugar de nacimiento de la persona, su edad de entrada en el territorio, la duración de la residencia, sus relaciones familiares, la existencia de lazos familiares en el país de origen y la solidez de los vínculos sociales y culturales con el país de origen.”<sup>1096</sup>

462. Los factores relacionados con la vida familiar también se tienen en cuenta en la normativa pertinente de la Unión Europea con respecto a la expulsión de ciudadanos de la Unión. En la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, los lazos familiares se consideran uno de los factores a tener en cuenta al considerar la expulsión de un ciudadano de la Unión Europea. El párrafo 23 del preámbulo de la Directiva dice lo siguiente:

“La expulsión de un ciudadano de la Unión y los miembros de su familia por razones de orden público o seguridad pública constituye una medida que

<sup>1095</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case of Boultif v. Switzerland*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 2 de agosto de 2001, demanda 54273/00, párr. 48.

<sup>1096</sup> Consejo de Europa, Comité de Ministros, recomendación No. Rec (2002) 4 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el estatuto de las personas admitidas por motivos de reunificación familiar, 26 de marzo de 2002, “IV. Protección efectiva contra la expulsión de familiares”.

puede perjudicar seriamente a las personas que, haciendo uso de los derechos y libertades conferidas por el Tratado, se integraron verdaderamente en el Estado miembro de acogida. Conviene por lo tanto limitar el alcance de estas medidas de conformidad con el principio de proporcionalidad para tener en cuenta el grado de integración de las personas en cuestión, la duración de la residencia en el Estado miembro de acogida, su edad, su estado de salud y la situación familiar y económica, así como los vínculos con el país de origen.”<sup>1097</sup>

Por otra parte, el párrafo 24 del preámbulo dice lo siguiente:

“En consecuencia, cuanto mayor sea la integración de los ciudadanos de la Unión Europea y de los miembros de su familia en el Estado miembro de acogida, tanto mayor debería ser la protección contra la expulsión. Únicamente en circunstancias excepcionales, cuando concurren razones de seguridad pública de carácter imperativo, debería adoptarse una medida de expulsión contra ciudadanos de la Unión que hayan residido durante varios años en el territorio del Estado miembro de acogida, en particular cuando hayan nacido y residido allí durante toda su vida.”

463. En el párrafo 1 del artículo 28 de la misma Directiva se menciona la situación de la persona afectada como uno de los criterios que habrán de considerarse antes de expulsar a un ciudadano de la Unión:

“1. Antes de tomar una decisión de expulsión del territorio por razones de orden público o seguridad pública, el Estado miembro de acogida deberá tener en cuenta, en particular, la duración de la residencia del interesado en su territorio, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en el Estado miembro de acogida y la importancia de los vínculos con su país de origen.”

464. La Unión Europea prevé también la consideración de la situación familiar antes de proceder a la expulsión de nacionales de terceros países que sean residentes de larga duración<sup>1098</sup>.

465. En otras regiones del mundo está menos claro hasta qué punto puede reconocerse el principio de la unidad familiar como limitación de la expulsión de extranjeros, porque no existe una práctica similar generalizada en esos Estados<sup>1099</sup>.

<sup>1097</sup> Corrección de errores de la Directiva 2004/38/CE, véase la nota 745 *supra*.

<sup>1098</sup> Véase Unión Europea, Directiva del Consejo 2003/109/CE de 25 de noviembre de 2003 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, *Diario Oficial No. L 16*, págs. 44 a 53, art. 12, párr. 3.

<sup>1099</sup> “En los últimos años ha aumentado rápidamente el número de casos de la jurisprudencia en los que se examinó si las normas explícitas de los derechos humanos relativos a la familia imponían restricciones, y en qué medida lo hacían, para la adopción de decisiones sobre la admisión y la expulsión. A ese respecto, la protección más amplia se ha concedido al amparo del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que protege el derecho de las personas al respeto de su vida privada, su domicilio y su vida familiar. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha aplicado esa disposición en varias decisiones en las que prohibió la expulsión de extranjeros residentes de larga duración (por lo general, aunque no siempre, de personas que habían residido en el territorio desde que eran niños), incluso cuando la expulsión se debía a haber cometido algún delito grave. No obstante, los Estados no europeos suelen aceptar con mucha más frecuencia la expulsión de residentes de larga duración que han cometido delitos, incluso cuando se han presentado objeciones relacionadas con los derechos de la familia, y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha confirmado esas expulsiones rechazando las demandas presentadas en base a disposiciones similares del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Aunque la tendencia más reciente del Comité de Derechos Humanos parece

466. En el derecho nacional de algunos Estados se reconoce que las consideraciones relativas a la familia pueden ser un factor que limite la expulsión de extranjeros. Un Estado puede exigir que se respete el principio de la unidad familiar con respecto a los extranjeros<sup>1100</sup>, o que la injerencia en la vida familiar del extranjero sea mínima o bien que las autoridades competentes la tengan en cuenta<sup>1101</sup>. En circunstancias especiales, un Estado puede permitir que un extranjero que haya sido expulsado o al que se le haya denegado la entrada permanezca en ese Estado a los efectos de la reunión familiar<sup>1102</sup>. Un Estado puede también restringir o prohibir la expulsión de menores<sup>1103</sup>, mujeres embarazadas o madres de hijos de corta edad<sup>1104</sup>, familiares u otras personas a cargo del extranjero<sup>1105</sup>, cónyuges o niños que hayan sido maltratados<sup>1106</sup>, o extranjeros que tienen lazos familiares con nacionales o residentes de ese Estado<sup>1107</sup>. No obstante, en algunos países los polígamos no disfrutan de derechos por ese concepto y pueden ser expulsados, o se les puede denegar la entrada, por haber incurrido en la práctica de la poligamia<sup>1108</sup>.

---

reflejar un trato menos deferente de las normas del Pacto en relación con la expulsión, la práctica del Comité sigue estando poco desarrollada —sólo ha recibido un número limitado de comunicaciones sobre el tema— y, en todo caso, el Comité carece de autoridad para hacer interpretaciones vinculantes del Pacto. La prueba definitiva será la práctica real de los Estados partes en el Pacto y, excepto en Europa, no está nada claro que en la práctica de los Estados se vaya a conceder una importancia tan grande a la protección de la familia en esos casos”. Martin, David A., “The Authority and Responsibility of States”, en Aleinikoff, T. Alexander y V. Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003, págs. 31 a 45, en especial pág. 36 (se omiten las citas).

- <sup>1100</sup> Australia, Ley de 1958, artículos 199 y 205; República Checa, Ley de 1999, artículo 61 2); Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículos 26 y 27, Decreto Ley de 1996, artículo 10; Paraguay, Ley de 1996, artículo 7 1); y Estados Unidos, INA, artículos 212 a) 6) E) ii) y 9) B) iii) III).
- <sup>1101</sup> Austria, Ley de 2005, artículos 3.46 4) y 3.54 3) y 4); Canadá, Ley de 2001, artículos 63 1) y 2) y 65; República Checa, Ley de 1999, artículo 9 3); Suecia, Ley de 1989, capítulo 4, artículo 10, y Suiza, Ley Federal de 1931, artículo 16 3). Esa restricción puede aplicarse expresamente a la deportación de la familia (Austria, Ley de 2005, artículos 3.46 4) y 3.79 3)).
- <sup>1102</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 29; compárese con Malasia, Ley de 1959-1963, artículos 8 3) n) y 9 6), y Reino Unido, Ley de 1999, artículo 10 c), Ley de 1971, artículos 3 5) b) (en su forma enmendada por la Ley de inmigración y asilo de 1999, artículo 169 1), anexo 14, párrs. 43 y 44 2)) y 5 3) y 4), que permiten la expulsión de un miembro de una familia si ya se ha expulsado a otro familiar.
- <sup>1103</sup> Francia, Código, artículos L511-4 1) y L521-4; Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículo 19 2) a), Ley No. 40 de 1998, artículo 17 2) a), Decreto Ley de 1996, artículo 7 3); Polonia, Ley No. 1775 de 2003, artículo 94 1) y 2); Suecia, Ley de 1989, artículos 1.1, 11.1a, 4.10 y 7.5; Suiza, Reglamento de 1949, artículo 16 6); Reino Unido, Ley de 1971, artículo 7 3) 6) (en su forma enmendada por la Ley de inmigración y asilo de 1999, artículo 169 1), anexo 14, párrs. 43 y 44 2)), y Estados Unidos, INA, artículo 212 a) 9) B) iii) I).
- <sup>1104</sup> Italia, Decreto Ley No. 286 de 1998, artículo 19 2) d), Ley No. 40 de 1998, artículo 17 2) d), y España, Ley de 2000, artículo 57 6).
- <sup>1105</sup> España, Ley de 2000, artículo 57 6); y Estados Unidos, INA, artículo 212 a) 10) B).
- <sup>1106</sup> Estados Unidos, INA, artículos 212 a) 6) A) ii), 9) B) iii) IV), 240A b) 2) a 4).
- <sup>1107</sup> Argentina, Ley de 2004, artículos 62 y 70; Francia, Código, artículos L511-4 6) a 8), L521-2 1) y 2), L521-3 3) y 4); Italia, Decreto Ley No. 286 de 1998, artículo 19 2) c), Ley No. 40 de 1998, artículo 17 2) c), Decreto Ley de 1996, artículo 7 3); Paraguay, Ley de 1996, artículos 7 1), 35 b) y 82; Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 108, y Estados Unidos, INA, artículos 212 a) 3) D) iv), 4) B) III), C) i) I), 9) B) v), y 240A b) 1) D). Para la aplicación de esa restricción se puede exigir que el extranjero haya residido un período mínimo de tiempo en el territorio del Estado (Paraguay, Ley de 1996, artículo 82 b); y España, Ley de 2000, artículo 57 6)).
- <sup>1108</sup> Francia, Código, artículos L511-4 6) y 8), L521-2 1) y L521-3 3) y 4), y Estados Unidos, INA, artículo 212 a) 10) A).

467. Los tribunales nacionales también han tenido en cuenta consideraciones relativas a la familia en una serie de casos de expulsión<sup>1109</sup>. En algunos casos, los tribunales han mantenido un equilibrio entre los intereses de la familia y los intereses del Estado<sup>1110</sup>. Para decidir si una expulsión constituía una violación de

- <sup>1109</sup> Véanse *Re Ratzlaff*, Tribunal de Casación, 21 de septiembre de 1959, *International Law Reports*, vol. 47, 1974, E. Lauterpacht (ed.), págs. 263 a 264; *Cazier v. Belgian State (Minister of Justice)*, Consejo de Estado, 13 de julio de 1953, *International Law Reports*, 1953, H. Lauterpacht (ed.), págs. 335 a 336; *K. A. v. State of the Netherlands*, Tribunal de Distrito de La Haya, 12 de julio de 1979, *International Law Reports*, vol. 74, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 444 a 448; *Deportation to U. Case*, véase la nota 900 *supra*; *In Re Paul B*, República Federal de Alemania, Tribunal Federal Constitucional (Senado Supremo), 1º de marzo de 1966, *International Law Reports*, vol. 45, E. Lauterpacht (ed.), págs. 371 a 376; *Expulsion Order Case*, República Federal de Alemania, Tribunal Administrativo Superior de Hesse, 13 de noviembre de 1968, *International Law Reports*, vol. 61, E. Lauterpacht (ed.), C.J. Greenwood, págs. 436 a 443; *Expulsion of Alien Case*, República Federal de Alemania, Tribunal Administrativo de Apelación de Bavaria, 12 de enero de 1966, *International Law Reports*, vol. 57, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 313 a 315; *Residence Prohibition Order Case (1)*, República Federal de Alemania, Tribunal Administrativo Superior de Münster, 24 de septiembre de 1968, *International Law Reports*, vol. 61, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (ed.), págs. 431 a 433; *Expulsion of Alien (Germany) Case*, República Federal de Alemania, Tribunal Administrativo Superior Federal, 25 de octubre de 1956, *International Law Reports*, 1956, H. Lauterpacht (ed.), págs. 393 a 395; *Expulsion of Foreign National (Germany) Case*, República Federal de Alemania, Tribunal Administrativo de Apelación del Land de Renania del Norte-Westfalia, 16 de mayo de 1961, *International Law Reports*, vol. 32, E. Lauterpacht (ed.), págs. 255 a 257; *In Re Barahona*, Corte Suprema de Costa Rica, 10 de agosto de 1939, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1938-1940, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 138, págs. 386 a 388; *Louie Yuet Sun c. The Queen*, Canadá, Tribunal Supremo de Justicia de Ontario, 22 de marzo de 1960, Tribunal Supremo, 28 de noviembre de 1960, *International Law Reports*, vol. 32, E. Lauterpacht (ed.), págs. 252 a 255; *Seyoum Faisa Joseph c. U.S. Immigration & Naturalization Service*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Sección Cuarta, 20 de mayo de 1993, No. 92-1641; *Fernandes c. Secretary of State for the Home Department*, Tribunal de Apelaciones de Inglaterra, 20 de noviembre de 1980, *International Law Reports*, vol. 78, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 371 a 378; *Harisiades c. Shaughnessy*, Tribunal de Apelaciones, Sección Segunda, 6 de febrero de 1951, *International Law Reports*, 1952, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 69, págs. 345 a 350 (expulsado pese a tener esposa e hijos nacionalizados).
- <sup>1110</sup> Véanse, por ejemplo, *Re Ratzlaff*, Bélgica, Tribunal de Casación, 21 de septiembre de 1959; *Cazier v. Belgian State (Minister of Justice)*, Bélgica, Consejo de Estado, 13 de julio de 1953, “El artículo 8 [del Convenio Europeo de Derechos], al que se hace referencia en la demanda, permite la injerencia del Estado en el disfrute por una persona del derecho al respeto de su vida familiar cuando esa injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad pública y la defensa del orden”. *Re Ratzlaff*, Bélgica, Tribunal de Casación, 21 de septiembre de 1959, *International Law Reports*, vol. 47, 1974, E. Lauterpacht (ed.), págs. 263 a 264, en especial pág. 264. “No obstante, la protección del matrimonio de un extranjero no goza de precedencia absoluta sobre el interés público general que exigiría la expulsión o deportación. Teniendo en cuenta la gravedad de los delitos cometidos por el demandante y el peligro que éste sigue representando, como deja patente su posterior comportamiento en prisión, el interés público y la obligación del Estado de salvaguardar la seguridad de sus ciudadanos deben prevalecer sobre el interés de defender la integridad del matrimonio, que también es de la incumbencia del Estado”. *Deportation to U. Case*, véase la nota 900 *supra*, pág. 617; “Al examinar esas cuestiones, se debe sopesar la medida en que el interés público se beneficiaría de la inmediata expulsión del extranjero punible de la República Federal, en comparación con el interés de mantener a la familia unida y de no poner en peligro su existencia”. *In Re Paul B*, República Federal de Alemania, Tribunal Federal Constitucional (Senado Supremo), 1º de marzo de 1966, *International Law Reports*, vol. 45, E. Lauterpacht (ed.), págs. 371 a 376, en especial pág. 373; “... la expulsión sólo constituye una violación de ese principio en los casos en que las consecuencias prácticas con respecto al matrimonio y la familia sean tan graves que tengan más peso que los motivos para la expulsión”. *Expulsion Order Case*, República Federal de Alemania, Tribunal Administrativo Superior de



los derechos de la familia, los tribunales han examinado factores como la nacionalidad de los otros miembros de la familia<sup>1111</sup>, la probabilidad de que la familia pueda vivir unida fuera del territorio del Estado<sup>1112</sup> y las expectativas de las partes en el matrimonio<sup>1113</sup>.

Hesse, 13 de noviembre de 1968, *International Law Reports*, vol. 61, E. Lauterpacht (ed.), C.J. Greenwood, págs. 436 a 443, en especial pág. 442; “Por otro lado, el Estado no sólo está obligado a proteger a la familia sino que tiene la obligación de mantener el orden público y la seguridad y debe mantener un equilibrio óptimo entre esas dos obligaciones”. *Expulsion of Alien Case*, República Federal de Alemania, Tribunal Administrativo de Apelación de Bavaria, 12 de enero de 1966, *International Law Reports*, vol. 57, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 313 a 315, en especial pág. 314; “Si la unidad y la integridad de la familia están amenazadas, se deberán tener en cuenta los intereses de la protección de la familia y equipararlos con los intereses públicos”. *Expulsion of Alien (Germany) Case*, República Federal de Alemania, Tribunal Federal Administrativo Supremo, 25 de octubre de 1956, *International Law Reports*, 1956, H. Lauterpacht (ed.), págs. 393 a 395, en especial pág. 394. En cuanto a las familias sin hijos, en el *Expulsion of Alien Case*, Tribunal Administrativo de Apelación de Bavaria, 12 de enero de 1966, se señaló que “son aplicables los mismos principios porque la familia tiene derecho a la protección del Estado tanto si hay hijos como si no los hay”.

<sup>1111</sup> Es especialmente pertinente el hecho de que otros miembros de la familia sean nacionales del Estado. Véase, por ejemplo, “... la posición especial del demandante, que está casado con una nacional belga, con quien ha tenido un hijo nacido en Bélgica durante su residencia en el país, impone a la Administración la obligación de justificar la expulsión”. *Cazier v. Belgian State (Minister of Justice)*, Consejo de Estado, 13 de julio de 1953, *International Law Reports*, 1953, H. Lauterpacht (ed.), págs. 335 a 336, en especial pág. 336. Se plantea una situación especial cuando el extranjero tiene un hijo nacido en el territorio del Estado, gracias a lo cual este hijo ha adquirido la nacionalidad del Estado. Véase *Louie Yuet Sun c. The Queen*, Tribunal Supremo del Canadá, véase la nota 1109 *supra* (la madre puede ser expulsada); *In re Keibel et al.*, Corte Suprema de Costa Rica, 1º de junio de 1939 (la Corte dictaminó que el hijo no podía ser expulsado y que, como necesitaba a su madre, ésta tampoco podía ser expulsada).

<sup>1112</sup> Véase *Residence Prohibition Order Case (I)*, República Federal de Alemania, Tribunal Administrativo Superior de Münster, 24 de septiembre de 1968, *International Law Reports*, vol. 61, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (ed.), págs. 431 a 433, en especial pág. 432 “Aunque de conformidad con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 6 de la Ley fundamental, el matrimonio y la familia deben estar protegidos contra la injerencia del Estado, esas disposiciones no son aplicables en caso de que la esposa y la familia del extranjero puedan vivir fuera de Alemania”. “En particular, se deben considerar como es debido las consecuencias de la expulsión inmediata para su segunda esposa, que ha conservado la nacionalidad alemana pese a haberse casado con un extranjero y que, por lo tanto, tiene pleno derecho a la protección de la República Federal; también se deben considerar las consecuencias para sus relaciones con los hijos tenidos en el primer matrimonio, que residen en la República Federal, y por último se deben considerar las consecuencias para los hijos de su segunda esposa, habidos en el primer matrimonio de ésta, ninguno de los cuales posee la nacionalidad suiza”. *In Re Paul B.*, República Federal de Alemania, Tribunal Federal Constitucional (Senado Supremo), 1º de marzo de 1966, *International Law Reports*, vol. 45, E. Lauterpacht (ed.), págs. 371 a 376, en especial pág. 375. “Las pruebas indican que, si la demandante decidiera llevar a su hijo con ella, las autoridades de Hong Kong estarían dispuestas a acoger a ambos”. *Louie Yuet Sun c. The Queen*, véase la nota 1109 *supra*, pág. 254.

<sup>1113</sup> En particular, los tribunales han considerado si la expulsión era previsible o si ya se había cursado la orden de expulsión en el momento de la boda. Véase *Expulsion Order Case*, República Federal de Alemania, Tribunal Administrativo Superior de Hesse, 13 de noviembre de 1968, *International Law Reports*, vol. 61, E. Lauterpacht (ed.), C.J. Greenwood, págs. 436 a 443, en especial pág. 442. “Además, la actual esposa del demandante se casó con él a sabiendas de que había sido objeto de una orden de expulsión. Por lo tanto, era plenamente consciente de las consecuencias que podían derivarse de la expulsión de su esposo”. *Deportation to U. Case*, véase la nota 900 *supra*. “No entendemos que el párrafo 212.5 cree un interés público en dejar en libertad condicional en los Estados Unidos a polizones, en particular a polizones que hayan contraído matrimonio con ciudadanos de los Estados Unidos después de que su solicitud de asilo hubiera sido denegada o de que se hubiera emitido una orden de

## 2. Los derechos del niño

468. La expulsión de extranjeros debe llevarse a cabo de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos relativas a los derechos del niño<sup>1114</sup>. En los casos en que la expulsión de un extranjero plantee el problema de la separación de familias con niños, quizás deba tomarse en consideración el interés superior de éstos, a tenor de lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>1115</sup>.

469. En el respeto de los derechos del niño concurren cuestiones de fondo y de procedimiento<sup>1116</sup>. El contenido sustantivo de la expresión “interés superior del niño” no se define de forma precisa en la Convención, pero se puede determinar en cierta medida analizando las disposiciones pertinentes.

“En la Convención sobre los Derechos del Niño no se define el contenido sustantivo del principio del interés superior del niño. No obstante, algunos aspectos se deducen de otras disposiciones de la Convención. En el caso de las medidas y decisiones que afecten a los niños considerados individualmente, lo que debe tenerse en cuenta es el interés superior del niño como ente individual. Así pues, el interés superior del niño exige que disfrute de los derechos y libertades consagrados en la Convención, como el contacto con padre y madre (en la mayoría de las circunstancias). El interés superior del niño se debe

---

deportación en su contra”. *Seyoum Faisa Joseph c. U.S. Immigration & Naturalization Service*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Sección Cuarta, 20 de mayo de 1993, No. 92-1641. En cambio, véase *In Re Paul B*, República Federal de Alemania, Tribunal Federal Constitucional (Senado Supremo), 1º de marzo de 1966, *International Law Reports*, vol. 45, E. Lauterpacht (ed.), págs. 371 a 376, en especial pág. 375. “El matrimonio y la familia del demandante son instituciones duraderas y tienen la fuerza de un derecho fundamental, independientemente de que se hayan establecido antes o, como es el caso, después de que se hubieran dictado la orden de prohibición de la residencia y la orden para su inmediata aplicación. Además, no se puede atribuir una importancia decisiva al hecho de que el demandante y su esposa tuvieran conocimiento de la prohibición de la residencia y la orden para su aplicación inmediata en el momento de contraer matrimonio. No se ha demostrado que el matrimonio se contrajo con el único propósito de evitar la prohibición de residencia”.

<sup>1114</sup> “Además, de conformidad con lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño, los menores sólo podrán ser separados de su familia cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen que tal separación es necesaria en el interés superior del menor. [...] La Convención sobre los Derechos del Niño aplica, al parecer, un criterio más estricto, ya que sólo permite la separación de la familia cuando ésta redunde en el interés superior del menor. De modo que, conforme a lo dispuesto en la Convención, cuando la expulsión vaya a causar en la práctica la separación de la familia, dadas las dificultades inherentes al traslado y la adaptación, los Estados tendrían la obligación de escuchar la opinión del menor (o su representante) y determinar si la expulsión de su padre o madre redundaría en su interés superior.” Alexander T. Aleinikoff, nota 119 *supra*, págs. 17 y 18 (en relación con el artículo 9 de la Convención).

<sup>1115</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, Nueva York, 20 de noviembre de 1989, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1577, No. 27531, pág. 3. “Al considerar los casos relativos a la unidad familiar que afecten a menores, los Estados deben tener en cuenta también el interés superior de éstos. La Convención sobre los Derechos del Niño impone considerables limitaciones a los Estados que prevean deportaciones que pudieran tener como consecuencia la separación de familias, al disponer en su artículo 9 que los Estados ‘velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando [...] tal separación es necesaria en el interés superior del niño.’” Kate Jastram, “Family Unity”, en Alexander T. Aleinikoff y V. Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003, págs. 185 a 201, en especial pág. 192 (sin cursivas en el original).

<sup>1116</sup> “En el principio del ‘interés superior del niño’ concurren cuestiones de procedimiento y de fondo.” *Ibid.*, pág. 192.

determinar caso por caso, teniendo en cuenta todas las circunstancias. Por ejemplo, el Comité de los Derechos del Niño recomendó a los Estados que tuvieran debidamente en cuenta ese principio y examinaran todas sus consecuencias. A este respecto, cabe señalar que el artículo 12 de la Convención exige que se dé al niño la oportunidad de ser escuchado ‘en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte ...’ y que su opinión se tenga debidamente en cuenta, en función de su edad y madurez ... Naturalmente, permanecer con los padres no siempre redunda en interés superior del menor, como se reconoce en el artículo 9 de la Convención. Ahora bien, cabe destacar que, a diferencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que prohíbe únicamente las injerencias ‘arbitrarias o ilegales’ en la familia, la Convención no reconoce interés público alguno que pueda justificar la separación de una familia en contra de su voluntad. La única excepción contemplada es que la separación sea necesaria en el interés superior del niño.”<sup>1117</sup>

470. Así pues, en el examen de los derechos del niño en relación con la expulsión de extranjeros puede entrar en juego un criterio de mayor peso que el derecho a que la familia permanezca unida en general<sup>1118</sup>. La cuestión adicional de procedimiento consistente en asegurar la observancia de los derechos de los niños comporta el proceso de disponer lo necesario para que se tenga en cuenta el ‘interés superior’ del niño<sup>1119</sup>. Se ha señalado que el principio del interés superior del niño ha adquirido el carácter de norma del derecho consuetudinario internacional<sup>1120</sup>.

<sup>1117</sup> *Ibid.*, pág. 193 (se omiten las citas) (en referencia a las observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño relativas a Finlandia, documento de las Naciones Unidas CRC/C/15/Add.132 (16 de octubre de 2000), párrs. 25 y 26).

<sup>1118</sup> “Así pues, puede darse el caso de que las autoridades competentes decidan deportar a una persona con arreglo al derecho interno del Estado, por motivos fundados y bien sopesados, y que la separación de esa persona de sus hijos constituya un incumplimiento de las obligaciones que incumben al Estado en virtud del artículo 9 o conculque el derecho de los niños a que su familia permanezca unida, consagrado en ese mismo artículo.” *Ibid.*, pág. 193, nota 43 *supra* (en referencia a E. F. Abram, “The Child’s Right to Family Unity in International Immigration Law”, 17 4) *Law and Policy* (1995), pág. 407).

<sup>1119</sup> “La insistencia del Comité de los Derechos del Niño en los aspectos de procedimiento queda patente en sus observaciones finales con respecto a Noruega. El Comité observó que ‘cuando se toman decisiones para deportar a extranjeros condenados por un delito penal, *las opiniones de los profesionales* sobre las repercusiones de esas decisiones en los niños no se mencionan ni toman en consideración *sistemáticamente*. [...] [El Comité recomendó a Noruega que] revise el *proceso* de adopción de decisiones respecto de la deportación para asegurar que cuando ésta entrañe la separación de un niño de sus padres se tenga en cuenta el interés superior del niño’.” *Ibid.*, págs. 192 y 193 (en referencia a las observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño relativas a Noruega, documento de las Naciones Unidas CRC/C/15/Add.126 (28 de junio de 2000), párrs. 30 y 31) (sin cursiva en el original).

<sup>1120</sup> “Se ha sostenido que el principio del interés superior del niño ha adquirido el carácter de norma de derecho consuetudinario. A la adhesión cuasi-universal a las disposiciones vinculantes de la Convención sobre los Derechos del Niño se suma el hecho de que la Comisión de Derechos Humanos confirma periódicamente la práctica de los Estados en relación con el derecho de las familias a permanecer unidas.” *Ibid.*, pág. 193 y nota 39 (en referencia a la causa *Beharry v. Reno*, 183 F. Supp. 2d 584 (Tribunal Federal de Distrito del Distrito Este de Nueva York), en la que un tribunal federal de distrito de los Estados Unidos, país que no es parte en la Convención sobre los Derechos del Niño, falló que el Estado debía tener en cuenta los principios del derecho consuetudinario internacional relativos al interés superior del niño en el caso de un inmigrante al que se iba a deportar por haber cometido un delito, que tenía una hija de siete años que era ciudadana estadounidense”) y nota 40 (“Resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos 2001/75 y 2000/85, documentos de las Naciones Unidas E/CN.4/RES/2001/75, párr. 11 c), y E/CN.4/RES/2000/85, párr. 15 d), respectivamente, ambas sobre los derechos

471. El Comité de los Derechos del Niño ha expresado en numerosas ocasiones su preocupación por los efectos que pueden tener las expulsiones en los hijos de las personas expulsadas<sup>1121</sup>.

472. El Comité de Ministros del Consejo de Europa, en su recomendación No. (2002) 4, indicó que, al considerar la expulsión de un miembro de una familia:

“El interés superior y el bienestar de los niños requieren una consideración especial.”<sup>1122</sup>

473. En la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los ciudadanos de la Unión, de 29 de abril de 2004, se establece que los menores sólo podrán ser expulsados en circunstancias excepcionales, de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño. El preámbulo de la directiva dice lo siguiente:

“Únicamente en circunstancias excepcionales, cuando concurren razones de seguridad pública de carácter imperativo, debería adoptarse una medida de expulsión contra ciudadanos de la Unión que hayan residido durante varios años en el territorio del Estado miembro de acogida, en particular cuando hayan nacido y residido allí durante toda su vida. Además, este tipo de circunstancias excepcionales deberían también tenerse en cuenta a la hora de adoptar una medida de expulsión contra menores, a fin de salvaguardar sus relaciones familiares de acuerdo con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.”<sup>1123</sup>

474. En el apartado b) del párrafo 3 del artículo 28 de la misma directiva, se dispone la siguiente limitación del derecho a expulsar a menores:

“3. No se podrá adoptar una decisión de expulsión contra un ciudadano de la Unión, excepto si la decisión se basa en motivos imperiosos de seguridad pública tal que definidos por los Estados miembros, cuando éste: [...] b) sea menor de edad, salvo si la expulsión es necesaria en interés del niño, tal como establece la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.”

---

del niño. El Comité Ejecutivo del ACNUR también ha expresado su preocupación por las graves consecuencias de la expulsión de refugiados para sus familiares, conclusión No. 7 (XXVIII) 1977, apartado b), del Comité Ejecutivo.”)

<sup>1121</sup> “El Comité reconoce que desde hace muchos años el Canadá se viene esforzando por aceptar a muchos refugiados e inmigrantes. [...] El Comité lamenta específicamente los retrasos en lograr la reunificación familiar en los casos en que se ha considerado que uno de los miembros de la familia o varios de ellos reunían las condiciones para que se les reconociera como refugiados en el Canadá, y también los casos en que puede que un niño refugiado o inmigrante nacido en el Canadá se vea separado de sus padres que son objeto de una orden de deportación.”

Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño relativas al Canadá, 9 de junio de 1995, CRC/C/15/Add.37 (20 de junio de 1995), párr. 13. “30. [...] El Comité también está preocupado porque, pese a la labor positiva del Estado Parte, cuando se toman las decisiones para deportar extranjeros condenados por un delito penal, las opiniones de los profesionales sobre las repercusiones de esas decisiones en los niños no se mencionan ni toman en consideración sistemáticamente. 31. [...] Asimismo, el Comité recomienda que el Estado Parte revise el proceso de adopción de decisiones respecto de la deportación para asegurar que cuando ésta entrañe la separación de un niño de sus padres se tenga en cuenta el interés superior del niño.” Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño relativas a Noruega, 2 de junio de 2000, CRC/C/15/Add.126 (28 de junio de 2000), párrs. 30 y 31.

<sup>1122</sup> Consejo de Europa, nota 296 *supra*.

<sup>1123</sup> Corrigendum a la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, nota 245 *supra*, párrafo 14 del preámbulo.

### 3. Libertad de expresión

475. La libertad de expresión está reconocida en diversos instrumentos internacionales y regionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>1124</sup>, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales<sup>1125</sup>, la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>1126</sup> y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>1127</sup>.

476. La expulsión de extranjeros debe efectuarse de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos relativas a la libertad de expresión. En la causa *Piermont c. Francia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó que la expulsión de la demandante de la Polinesia Francesa había constituido una vulneración de su libertad de expresión, garantizada por el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. La expulsión de la demandante se había ordenado como reacción a su participación en un debate político y a su denuncia de la continuación de los ensayos nucleares y la presencia francesa en el Pacífico. Habida cuenta de las

<sup>1124</sup> Artículo 19: “1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

<sup>1125</sup> Artículo 10: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

<sup>1126</sup> Artículo 13: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

<sup>1127</sup> Artículo 9: “1. Todo individuo tendrá derecho a recibir información. 2. Todo individuo tendrá derecho a expresar y difundir sus opiniones, siempre que respete la ley”.

circunstancias del caso, o sea del hecho de que la manifestación fue pacífica y autorizada y en ella no se produjeron desórdenes públicos, el Tribunal llegó a la conclusión de que no se había encontrado el justo equilibrio entre el interés general que exige el mantenimiento del orden público, por un lado, y por el otro la libertad de expresión de la Sra. Piermont<sup>1128</sup>.

#### 4. Derechos sindicales

477. Los derechos sindicales se reconocen en varios convenios aprobados en el marco de la Organización Internacional del Trabajo<sup>1129</sup>.

478. El Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo ha señalado que la expulsión de dirigentes sindicales por motivos que tengan que ver con las actividades realizadas en el ejercicio de sus funciones es contraria a los derechos humanos y constituye, además, una injerencia en las actividades de la organización a la que pertenecen:

“La expulsión de dirigentes sindicales del país en que viven por actividades relacionadas con el ejercicio de sus funciones como tales, no sólo es contraria a los derechos humanos, sino que constituye además una injerencia en las actividades de la organización a que pertenecen.”<sup>1130</sup>

#### 5. Derecho a la propiedad

479. El derecho a la propiedad está reconocido en diversos tratados de derechos humanos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>1131</sup>, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>1132</sup> y el Protocolo No. 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales<sup>1133</sup>.

480. La expulsión de extranjeros debe llevarse a cabo de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos relativas al derecho a la propiedad y

<sup>1128</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case of Piermont v. France*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 27 de abril de 1995, demandas 15773/89 y 15774/89, párr. 77.

<sup>1129</sup> Véanse, en particular, el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (C87), San Francisco, 9 de julio 1948, y el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (C98), Ginebra, 1º de julio de 1949.

<sup>1130</sup> Organización Internacional del Trabajo, *Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical, 1996*, párr. 127.

<sup>1131</sup> Artículo 21 – Derecho a la propiedad privada: “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”.

<sup>1132</sup> Artículo 14: “Estará garantizado el derecho a la propiedad. Éste solamente podrá ser usurpado en el interés público o general de la comunidad y de conformidad con las disposiciones de las leyes adecuadas”.

<sup>1133</sup> Protocolo No. 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, París, 20 de marzo de 1952, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 213, No. 2889, artículo 1, pág. 262: “Protección de la propiedad – Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del Derecho Internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas”.

otros intereses económicos de los extranjeros. Las expulsiones de extranjeros que vayan acompañadas de actos ilícitos de confiscación<sup>1134</sup>, destrucción o expropiación<sup>1135</sup> de bienes pueden constituir expulsiones ilícitas<sup>1136</sup>. La incautación ilícita de bienes puede considerarse incompatible con el propósito<sup>1137</sup> y la función<sup>1138</sup> de la expulsión. A este respecto, cabe señalar 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 que se establece que “[n]ingún extranjero será privado arbitrariamente de sus bienes legítimamente adquiridos”<sup>1139</sup>.

481. La legislación nacional de algunos Estados contiene disposiciones cuyo fin es proteger los intereses patrimoniales y económicos de los extranjeros en relación con

<sup>1134</sup> “Cuando la tributación es confiscatoria, deja de ser legal. De modo análogo, es razonable concluir que las expulsiones que comporten actos confiscatorios también son ilegales.” Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 217.

<sup>1135</sup> “Según el caso *Hollander*, no se puede expulsar a los extranjeros sin darles la oportunidad de tomar las disposiciones oportunas con respecto a su familia y sus negocios. [...] No parece que del caso *Hollander* deba deducirse que existe una norma del derecho consuetudinario internacional que establece que los bienes de los expulsados no pueden expropiarse o que las enajenaciones de bienes que se hayan realizado no se pueden anular retroactivamente.” Vishnu D. Sharma y F. Wooldridge, nota 579 *supra*, pág. 412 (en referencia al caso *Hollander*, *U.S. v. Guatemala*, *Moore's Digest of International Law*, vol. IV, pág. 102).

<sup>1136</sup> “Los tribunales internacionales han enunciado en varias ocasiones el principio de que las expulsiones deben realizarse de la manera menos perjudicial para la persona expulsada. De ahí que las comisiones internacionales hayan considerado en todos los casos que las expulsiones sumarias en las que las personas se ven forzadas a malvender sus bienes o abandonarlos, dejándolos a merced del saqueo y la destrucción, [...] son motivo suficiente para el pago de una indemnización.” Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, Nueva York, The Banks Law Publishing Co., 1915, págs. 59 y 60 (en referencia a *Gardiner (U.S.) v. Mexico*, 3 de marzo de 1849, opinión 269 (no recogida en Moore), *Jobson (U.S.) v. Mexico*, 3 de marzo de 1849, opinión 553 (no recogida en Moore); *Gowen and Copeland (U.S.) v. Venezuela*, 5 de diciembre de 1885, Moore's Arb. 3354 a 3359). “Cuando se han producido expulsiones sumarias en las que los expulsados se han visto obligados a abandonar sus bienes, dejándolos a merced del saqueo y la destrucción, los tribunales internacionales les han concedido indemnizaciones.” B. O. Ilyomade, “The Scope and Content of a Complaint of Abuse of Right in International Law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 16, No. 1, 1975, págs. 47 a 92. “Sólo en los casos en los que la expulsión arbitraria y la ulterior deportación vulnerarían al mismo tiempo derechos humanos generalmente reconocidos existe el deber internacional de no llevar a cabo la expulsión, [...] por ejemplo, cuando [...] sea previsible que se vaya a producir una expropiación que constituya un abuso de derecho.” Karl Doehring, “Aliens, Expulsion and Deportation”, en Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 109 a 112, en especial pág. 111.

<sup>1137</sup> “Por ejemplo, el ‘derecho’ de expulsión podría ejercerse [...] para expropiar los bienes de los extranjeros [...] En tales casos, el ejercicio de la autoridad no puede desligarse del propósito ilícito ulterior”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 209.

<sup>1138</sup> “Es evidente que la intención de expropiar sin indemnización, al negar la función esencial de la expulsión, puede negar también a este acto la condición de ejercicio de buena fe de las facultades discrecionales. [...] Dada la función de la expulsión, no se debe ‘abusar’ del poder de expulsar. Para que su objeto y fin se cumplan, ese poder se debe ejercer de buena fe y nunca con segundas intenciones, como [...] la confiscación de bienes. [...] El principio de buena fe y la necesidad de una justificación exigen que se tengan debidamente en cuenta los intereses de la persona, incluidos [...] sus intereses patrimoniales [...]”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, págs. 216, 307 y 308 (se omite la cita).

<sup>1139</sup> Resolución 40/144, Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, 13 de diciembre de 1985, artículo 9.

las expulsiones. La legislación pertinente puede expresamente: 1) establecer que la expulsión no menoscabará por sí sola ninguno de los derechos que haya adquirido el migrante de conformidad con la legislación nacional, incluido el derecho a recibir los salarios y toda otra prestación que le pudiese corresponder<sup>1140</sup>; o 2) disponer que las contribuciones y prestaciones sociales se transferirán al Estado de procedencia del extranjero<sup>1141</sup>. La legislación nacional puede prever que se concedan indemnizaciones por los bienes adquiridos por el Estado como resultado de la expulsión de extranjeros o en exceso de la suma adeudada al Estado, y que, de no llegarse a un acuerdo al respecto, la indemnización será una suma razonable fijada por un tribunal competente<sup>1142</sup>. 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 autorice<sup>1143</sup>, o por orden judicial de un tribunal competente<sup>1144</sup>. 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 pendientes<sup>1145</sup>. El Estado puede permitir también el embargo<sup>1146</sup>, la enajenación<sup>1147</sup> o la destrucción<sup>1148</sup> de los bienes confiscados.

## 6. El principio de no discriminación

482. La expulsión de extranjeros debe llevarse a cabo con arreglo al principio de no discriminación. El principio de no discriminación garantiza el respeto de los derechos humanos de todas las personas, sin discriminación por motivos prohibidos, como la raza o la religión<sup>1149</sup>. La pertinencia del principio de no discriminación con respecto a la expulsión de extranjeros se ha descrito del modo siguiente:

“El principio de no discriminación no se enuncia en términos generales en los principales tratados de derechos humanos, que limitan la protección contra la discriminación a los derechos reconocidos en cada instrumento. [...] Dado que la ley no permite expulsar a los nacionales, no se puede decir que los extranjeros estén discriminados con respecto a los nacionales, y por consiguiente no se puede infringir el principio de no discriminación. Por otra parte, este principio sólo es pertinente en la medida en que la expulsión interfiera con un derecho protegido por el tratado, como el derecho a la vida familiar. Debido al principio de no discriminación, la potestad de expulsión del Estado se ve, además, sometida a más restricciones de las que son necesarias únicamente para el respeto de la vida familiar. De ahí que, en el llamado *caso de las mujeres de Mauricio*, el Comité de Derechos Humanos dictaminara que

<sup>1140</sup> Argentina, Ley de migraciones de 2004, artículo 67.

<sup>1141</sup> Italia, Decreto-ley de 1996, artículo 5.

<sup>1142</sup> Australia, Ley de 1958, artículos 3B y 261H 3) b) ii), 6).

<sup>1143</sup> Australia, Ley de 1958, artículo 223 1) a 8).

<sup>1144</sup> Australia, Ley de 1958, artículos 222 y 223 9) a 14); y Belarús, Decisión del Consejo de 1999, artículo 26.

<sup>1145</sup> Australia, Ley de 1958, artículos 223 14) a 20) y 224.

<sup>1146</sup> Australia, Ley de 1958, artículos 261B 1) y 2) y 261D.

<sup>1147</sup> Australia, Ley de 1958, artículos 261F a 261I y 261K.

<sup>1148</sup> Australia, Ley de 1958, artículo 261E 1) y 2).

<sup>1149</sup> Véase la parte VI.B.2. “La no discriminación suele ser más pertinente en el contexto de los tratados que prohíben la discriminación por motivos específicos, como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Podría decirse que en la Convención se aborda el tema de la expulsión, aunque no se mencione en la extensa lista de derechos que figura en el artículo 5, que no pretende ser exhaustiva.” Giorgio Gaja, nota 28 *supra*, pág. 309 (se omite la cita).



la expulsión fue ilegal porque la legislación era discriminatoria por motivos de sexo, al proteger de la expulsión a las esposas extranjeras de los nacionales de Mauricio pero no a los maridos extranjeros de las nacionales de Mauricio.”<sup>1150</sup>

483. En el *caso de las mujeres de Mauricio*, el Comité de Derechos Humanos consideró que la ley concedía inmunidad de deportación a las esposas extranjeras de los ciudadanos de Mauricio pero no brindaba la misma protección a los maridos extranjeros de las ciudadanas de Mauricio. El Comité de Derechos Humanos señaló que: 1) la relación de las mujeres con sus maridos pertenecía a la esfera de la “familia” a los efectos del párrafo 1 del artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2) la residencia común de marido y mujer debía considerarse como la situación normal de una familia; 3) la prohibición de toda injerencia arbitraria en la vida familiar era aplicable cuando uno de los cónyuges es extranjero; 4) la posibilidad de la deportación afectaba a la vida familiar; 5) la protección de la familia no podía variar según el sexo de uno u otro de los cónyuges, y 6) la discriminación por motivos de sexo no podía justificarse alegando que la expulsión respondía a razones de seguridad.

“7.2 Hasta 1977, los cónyuges (esposos y esposas) de los ciudadanos de Mauricio tenían el derecho de libre acceso a Mauricio y disfrutaban de inmunidad de deportación. Tenían el derecho a ser considerados *de facto* residentes en Mauricio. La Ley (enmendada) de inmigración de 1977 y la Ley (enmendada) de deportación de 1977, al entrar en vigor, limitaron esos derechos exclusivamente a las esposas de los ciudadanos de Mauricio. Los maridos extranjeros deben solicitar del Ministro del Interior un permiso de residencia y en el caso de denegación del permiso no tienen posibilidad de interponer recurso ante un tribunal de justicia. [...]

9.2 b) 2. i) 1. En primer lugar, sus relaciones con sus maridos pertenecen evidentemente a la esfera de la ‘familia’, según se entiende en el párrafo 1 del artículo 17 del Pacto. Por consiguiente, tienen derecho a protección contra lo que ese artículo denomina ‘injerencias arbitrarias o ilegales’ en esta esfera.

9.2 b) 2. i) 2. El Comité opina que la residencia común de marido y mujer ha de considerarse como la situación normal de una familia. [...] En principio, el párrafo 1 del artículo 17 se aplica igualmente cuando uno de los cónyuges es extranjero. El que la existencia y la aplicación de leyes de inmigración que afectan a la residencia de un miembro de la familia sea compatible con el Pacto depende pues de si dicha injerencia es ‘arbitraria o ilegal’, como se establece en el párrafo 1 del artículo 17, o si está en conflicto de cualquier otro tipo con las obligaciones que incumben al Estado Parte en virtud del Pacto.

9.2 b) 2. i) 3. En los casos presentes, no sólo la posibilidad futura de una deportación sino la situación precaria de la residencia de los maridos extranjeros actual en Mauricio representa, en opinión del Comité, una injerencia de las autoridades del Estado Parte en la vida familiar de las esposas mauricianas y de sus maridos. Las leyes de que se trata han tornado incierto para las familias afectadas saber si será posible para ellas continuar su vida de familia residiendo juntos en Mauricio y durante cuánto tiempo podrán hacerlo. Más aún, [...] en uno de los casos, incluso la demora durante años y la ausencia de una decisión positiva por la que se conceda un permiso de residencia, deben considerarse un

<sup>1150</sup> Giorgio Gaja, nota 28 *supra*, pág. 308 y nota 82 (en referencia al dictamen de 9 de abril de 1981, comunicación No. R.9/35, reproducida parcialmente en 2 *Human Rights Law Journal* (1981) 139 (párr 9.2)).

inconveniente notable, entre otros motivos porque la concesión de un permiso de trabajo y la consiguiente posibilidad de que el marido pueda contribuir al sostén de la familia dependen del permiso de residencia, y porque en cualquier momento es posible la deportación que no está sujeta a fiscalización judicial. [...]

9.2 b) 2. ii) 3. Se sigue que también en esta línea de razonamiento el Pacto debe conducir al resultado de que la protección de la familia no puede variar según el sexo de uno u otro de los cónyuges. Aunque para Mauricio pudiera justificarse limitar el ingreso de extranjeros en su territorio y expulsarlos del mismo por motivos de seguridad, el Comité opina que la legislación que sólo somete a dichas restricciones a los maridos extranjeros de mujeres mauricianas, pero no a las esposas extranjeras de ciudadanos de Mauricio, es discriminatoria respecto de las mujeres mauricianas y no puede justificarse alegando necesidades de seguridad. [...]

10.1 En consecuencia, el Comité de Derechos Humanos, ateniéndose al párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es de la opinión de que los hechos [...] implican violaciones del Pacto, en particular del párrafo 1 del artículo 2 y de los artículos 3 y 26 en relación con el párrafo 1 del artículo 17 y el párrafo 1 del artículo 23 con respecto a las tres autoras que están casadas con maridos extranjeros, por cuanto la entrada en vigor de la Ley (enmendada) de deportación de 1977 tuvo como resultado una discriminación contra ellas por razones de sexo.”<sup>1151</sup>

484. El Tribunal de reclamaciones Irán-Estados Unidos reconoció en términos generales la prohibición de la discriminación en lo referente a la expulsión de extranjeros en el caso *Rankin*. Según el Tribunal, la discriminación es uno de los factores que hacen que una expulsión sea ilegal conforme al derecho internacional:

“El demandante que alega haber sido expulsado tiene que demostrar la ilegalidad de la acción del Estado que lo expulsó, o sea que dicha acción fue arbitraria o discriminatoria o que constituyó un incumplimiento de las obligaciones que incumben al Estado en virtud de los tratados.”<sup>1152</sup>

485. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha expresado preocupación por los casos de discriminación racial relacionados con la expulsión de extranjeros en varias de sus observaciones finales<sup>1153</sup> y ha recomendado a los

<sup>1151</sup> *Shirin Aumeeruddy-Cziffra y otras 19 mujeres de Mauricio c. Mauricio*, comunicación No. R.9/35 (2 de mayo de 1978), documento de las Naciones Unidas, Suplemento No. 40 (A/36/40), 1981, pág. 135 y siguientes, párrs. 7.2., 9.2. b) 2. i) 1 a 3, 9.2. b) 2. ii) 3 y 10.1.

<sup>1152</sup> *Rankin v. The Islamic Republic of Iran*, nota 136 *supra*, pág. 142, párr. 22.

<sup>1153</sup> Véanse, por ejemplo, las observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial relativas a Francia, 1º de marzo de 1994, A/49/18, párr. 144 (“Se expresa preocupación por el hecho de que la aplicación de estas leyes [a saber, las leyes de inmigración y asilo] podría tener consecuencias racialmente discriminatorias, en especial en relación con la imposición de limitaciones al derecho de apelación a las órdenes de expulsión y la disposición relativa a la detención preventiva de extranjeros en puntos de entrada por períodos excesivamente largos.”); las observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial relativas a Francia, 23 de marzo de 2000, CERD/C/304/Add.91 (19 de abril de 2000), párr. 9 (“El Comité expresa su preocupación por la posible discriminación de hecho en la aplicación de las leyes para la exclusión de extranjeros del territorio francés, incluidas las personas titulares de visados válidos, y la delegación de las responsabilidades que deben ejercer los funcionarios públicos.”), y las observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial relativas al Canadá, 21 de agosto de 2002, A/57/18, párr. 336 (“El Comité toma nota con preocupación de que las políticas de inmigración actuales, en particular el costo actual del ‘derecho de desembarco’, pueden tener efectos discriminatorios

Estados partes en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial que, “con arreglo a sus circunstancias específicas”, adopten medidas para

“asegurarse de que las leyes relativas a la deportación u otras formas de alejamiento de los no ciudadanos de la jurisdicción del Estado Parte no discriminen en su finalidad o efecto entre los no ciudadanos por motivos de raza, color u origen étnico o nacional [...]”<sup>1154</sup>.

486. El Comité encargado de examinar la reclamación en que se alega el incumplimiento por Etiopía del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958 (C111) y del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo de 1982 (C158) reconoció que la expulsión de extranjeros podía constituir un acto ilícito de discriminación en el empleo y la ocupación y dictaminó que las expulsiones en cuestión constituían actos ilícitos de discriminación en cuanto a la terminación de la relación de trabajo.

“Sobre la base de la información presentada por ambas partes, el Comité dictamina que se produjeron deportaciones masivas de personas, entre ellas trabajadores, de Etiopía a Eritrea y viceversa, después de que estallara el conflicto fronterizo en mayo de 1998. El Comité observa que la expulsión del país constituiría un acto de discriminación en el empleo y la ocupación en tanto en cuanto estuviera basada en un motivo prohibido por el Convenio C111, tuviera como consecuencia la pérdida del empleo y las prestaciones conexas y no fuera lícita con arreglo al Convenio.”<sup>1155</sup>

Por lo menos algunas de las deportaciones constituyen actos de discriminación por razones de opinión política, en el sentido de lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 1 del Convenio.<sup>1156, 1157</sup>

El Comité observa que si las expulsiones se basaron en motivos de discriminación prohibidos en los Convenios C111 y C158, la terminación de las relaciones de trabajo tuvo una relación causal directa con las expulsiones y

---

contra personas procedentes de países más pobres. También preocupa al Comité la información de que la mayoría de los extranjeros expulsados del Canadá son africanos o de origen africano”).

<sup>1154</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación general No. XXX, relativa a la discriminación contra los no ciudadanos, 64º período de sesiones, 23 de febrero a 12 de marzo de 2004, CERD/C/64/Misc.11/Rev.3, párr. 25.

<sup>1155</sup> Organización Internacional del Trabajo, informe del Comité encargado de examinar la reclamación en que se alega el incumplimiento por Etiopía del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958 (C111) y del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo de 1982 (C158), preparado por la Confederación Nacional de Trabajadores Eritreos de conformidad con el artículo 24 de la Constitución de la OIT, 1998, párr. 33.

<sup>1156</sup> El artículo 1 del Convenio No. 111 dice lo siguiente: “1. A los efectos de este Convenio, el término *discriminación* comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados. 2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación. 3. A los efectos de este Convenio, los términos *empleo* y *ocupación* incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo”.

<sup>1157</sup> Organización Internacional del Trabajo, nota 1155 *supra*, párr. 36.

no puede considerarse una ‘mera consecuencia’ ajena al Convenio C158. Las deportaciones que se produjeron tuvieron como consecuencia la terminación forzosa de la relación de trabajo de las personas afectadas. En consecuencia, por las razones expuestas en las conclusiones del Comité a tenor de lo dispuesto en el Convenio C111, las expulsiones, en la medida en que se basaron en la ascendencia nacional y/o la opinión política, contravinieron las disposiciones relativas a la terminación de la relación de trabajo establecidas en el Convenio C158.”<sup>1158</sup>

487. Por el contrario, la discriminación de los nacionales de terceros países puede justificarse por referencia a tratados que prevén un trato más preferente para los nacionales de los Estados partes. Cabe destacar a este respecto la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En su análisis del principio de no discriminación en relación con la repercusión de las expulsiones en la vida familiar, el Tribunal consideró que el trato preferente de los nacionales de los Estados de la Unión Europea en lo tocante a las expulsiones no era contrario al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. De hecho, ese trato preferencial

“se basa en una justificación objetiva y razonable, ya que los Estados miembros de la Unión Europea constituyen un régimen jurídico especial que ha establecido, además, su propia ciudadanía.”<sup>1159</sup>

## 7. Limitación y derogación

488. Puede permitirse que un Estado limite o deje de aplicar algunos derechos humanos cuando expulse a extranjeros en determinadas circunstancias. Muchas de las garantías previstas en los tratados de derechos humanos, como la protección de la vida familiar<sup>1160</sup>, la libertad de conciencia y religión<sup>1161</sup> o la libertad de

<sup>1158</sup> *Ibid.*, párr. 39.

<sup>1159</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case of C. v. Belgium*, sentencia (sobre el fondo), 7 de agosto de 1996, demanda 21794/93, párrs. 37 y 38. “Las diferencias en el trato a las distintas categorías de extranjeros son justificables en determinadas circunstancias. Por ejemplo, los nacionales de ciertos Estados pueden gozar de un mayor grado de protección contra la expulsión por las relaciones establecidas entre el Estado de nacionalidad y el Estado de acogida. El Tribunal Europeo dictaminó en *Moustaquim* y posteriormente en la causa *C. c. Bélgica* que el trato preferencial a los ciudadanos de la Unión Europea en los Estados miembros de la Unión Europea que no fueran el de su nacionalidad se basaba en una “justificación objetiva y razonable”. Giorgio Gaja, nota 28 *supra*, págs. 308 y 309 (se omiten las citas).

<sup>1160</sup> Véanse el párrafo 1 del artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que sólo brinda protección contra las injerencias *arbitrarias* en la vida familiar (“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.”); el párrafo 2 del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (“No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”), y el párrafo 2 del artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“2. Nadie puede ser objeto de injerencias *arbitrarias* o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.” [sin cursiva en el original]).

<sup>1161</sup> Véanse el párrafo 3 del artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la

expresión<sup>1162</sup>, no son absolutas y pueden limitarse por razones específicas, como las de orden público, seguridad nacional<sup>1163</sup> o protección de los derechos ajenos. En lo que respecta a la seguridad nacional, hay quien opina que deberían aportarse pruebas objetivas de la necesidad de esa excepción<sup>1164</sup>. Sin embargo, los Estados

salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.”); el párrafo 2 del artículo 9 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (“La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.”); el párrafo 3 del artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.”), y el artículo 8 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (“La libertad de conciencia y profesión, y la libre práctica de la religión estarán garantizadas. Nadie que respete la ley y el orden puede ser sometido a medidas que restrinjan el ejercicio de estas libertades.”).

<sup>1162</sup> Véanse el párrafo 3 del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 [libertad de expresión] de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”); el párrafo 2 del artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (“El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.”); los párrafos 2 a 5 del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente [libertad de pensamiento y de expresión] no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.”), y el artículo 9 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (“Todo individuo tendrá derecho a expresar y difundir sus opiniones, *siempre que respete la ley.*” [sin cursiva en el original]).

<sup>1163</sup> “Los motivos de seguridad nacional aparecen algunas veces en el derecho internacional como excepciones a los derechos garantizados en los tratados de derechos humanos y otros convenios. Esas excepciones se consideran motivos para la limitación (‘cláusulas restrictivas’) o la derogación de los derechos protegidos por los convenios. [...] La procedencia de la limitación o derogación se determina caso por caso, pero lo cierto es que las amenazas graves a la seguridad nacional se contarían entre las principales razones que podrían inducir al Estado a limitar un derecho.” Alexander T. Aleinikoff, nota 119 *supra*, págs. 5 y 6.

<sup>1164</sup> “Algunos especialistas, sin embargo, abogan por que sea obligatorio demostrar de manera objetiva el imperativo de seguridad alegado.” David Fisher *et al.*, nota 130 *supra*, págs. 117 y 118 (en referencia a I. Cameron, *National Security and the European Convention on Human Rights* (2000), págs. 430 a 432).

podrían mostrarse reticentes a revelar información confidencial sobre asuntos delicados de seguridad nacional. En el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se aborda esta cuestión en el contexto de los procedimientos penales<sup>1165</sup>. Además, la mayoría de las garantías previstas en los tratados de derechos humanos pueden dejarse sin efecto en circunstancias excepcionales, salvo algunas de ellas como el derecho a la vida y la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, que se consideran esenciales y no pueden derogarse bajo ningún concepto<sup>1166</sup>.

<sup>1165</sup> Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Roma, 17 de julio de 1998, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2187, No. 38544, pág. 3 (Protección de información que afecte a la seguridad nacional):

“1. El presente artículo será aplicable en todos los casos en que la divulgación de información o documentos de un Estado pueda, a juicio de éste, afectar a los intereses de su seguridad nacional.

[...]

5. El Estado a cuyo juicio la divulgación de información afectaría a sus intereses de seguridad nacional adoptará, actuando en conjunto con el Fiscal, la defensa, la Sala de Cuestiones Preliminares o la Sala de Primera Instancia según sea el caso, todas las medidas razonables para resolver la cuestión por medio de la cooperación. Esas medidas podrán ser, entre otras, las siguientes:

- a) La modificación o aclaración de la solicitud;
- b) Una decisión de la Corte respecto de la pertinencia de la información o de las pruebas solicitadas, o una decisión sobre si las pruebas, aunque pertinentes, pudieran obtenerse o se hubieran obtenido de una fuente distinta del Estado;
- c) La obtención de la información o las pruebas de una fuente distinta o en una forma diferente; o
- d) Un acuerdo sobre las condiciones en que se preste la asistencia, que incluya, entre otras cosas, la presentación de resúmenes o exposiciones, restricciones a la divulgación, la utilización de procedimientos a puerta cerrada o ex parte, u otras medidas de protección permitidas con arreglo al Estatuto o las Reglas de Procedimiento y Prueba.

6. Una vez que se hayan adoptado todas las medidas razonables para resolver la cuestión por medio de la cooperación, el Estado, si considera que la información o los documentos no pueden proporcionarse ni divulgarse por medio alguno ni bajo ninguna condición sin perjuicio de sus intereses de seguridad nacional, notificará al Fiscal o a la Corte las razones concretas de su decisión, a menos que la indicación concreta de esas razones perjudique necesariamente los intereses de seguridad nacional del Estado.”

<sup>1166</sup> Véanse, en particular, el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. 2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6 [derecho a la vida], 7 [prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes], 8 (párrafos 1 y 2) [prohibición de la esclavitud y la servidumbre], 11 [‘Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual.’], 15 [irretroactividad del derecho penal], 16 [derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica] y 18 [libertad de pensamiento, de conciencia y de religión]. 3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.”); el artículo 15 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (“Derogación en caso de estado de urgencia – 1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar

## C. Destino

489. La función o propósito de la expulsión de extranjeros consiste en obligar al extranjero cuya presencia es contraria a los intereses del Estado a salir de su territorio. Esto se consigue una vez que el extranjero ha sido trasladado al exterior o ha sido retirado del territorio del Estado que expulsa. De este modo, se ha afirmado a veces que el destino del extranjero no es de competencia del Estado que expulsa. Esto puede ser cierto especialmente en casos en que el extranjero esté de acuerdo en salir del territorio voluntariamente o se le dé la oportunidad de hacerlo. En tal caso, es muy posible que se autorice al extranjero a viajar a cualquier Estado que esté dispuesto a admitirlo, incluido el Estado de la nacionalidad<sup>1167</sup>.

490. Las facultades discrecionales de un Estado para decidir el destino de un extranjero sujeto a expulsión pueden estar limitadas por diversas consideraciones según se señala a continuación.

“La competencia de los Estados, por un lado, para admitir extranjeros o para expulsarlos y, por otro, para aceptar a las personas expulsadas por otros Estados, ocasiona a menudo conflictos, sobre todo cuando el Estado de destino no se halla dispuesto a admitir a dichas personas, o cuando las personas que van a ser expulsadas son apátridas; un problema especialmente difícil se presenta también con respecto a la persona cuya expulsión a su Estado de origen violaría los principios de humanidad por el peligro a que se vería expuesta. Tanto la teoría como la práctica, expresada ésta en instrumentos y costumbres internacionales como la jurisprudencia elaborada por los tribunales arbitrales, suministran una respuesta a la cuestión de decidir hasta qué punto el

---

medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional. 2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación del artículo 2 [derecho a la vida], salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, ni de los artículos 3 [prohibición de la tortura], 4 (párrafo 1) [prohibición de la esclavitud o servidumbre] y 7 [‘no hay pena sin ley’]. 3. Toda Alta Parte Contratante que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al Secretario General del Consejo de Europa de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación.”), y el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. 3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.”).

<sup>1167</sup> Véase la parte IX.A.

derecho internacional puede restringir el poder discrecional del Estado al respecto.”<sup>1168</sup>

491. La determinación del destino de un extranjero que está obligado a salir del territorio de un Estado como resultado de la expulsión puede exigir que se tenga en cuenta lo siguiente: 1) los derechos del extranjero en cuanto a la determinación del Estado de destino; 2) la admisibilidad de un extranjero en un Estado particular<sup>1169</sup>; y 3) las consecuencias de que un extranjero sea enviado a un Estado en particular.

## 1. Derechos del extranjero

492. Las normas jurídicas relativas a los derechos humanos pueden influir en la determinación del Estado de destino de los extranjeros sujetos a expulsión por un Estado. El extranjero sometido a expulsión puede tener derechos con respecto a la elección de destino o el derecho a regresar al Estado de su nacionalidad, lo cual puede influir en la determinación del Estado de destino.

### a) Elección del destino

493. No está claro que el derecho de un extranjero con respecto a la elección del destino como resultado de su expulsión caiga en el ámbito del derecho internacional<sup>1170</sup>. Este derecho no parece haber sido explícitamente reconocido en los instrumentos internacionales pertinentes. Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos ha expresado apoyo al derecho de un extranjero sometido a expulsión a determinar su destino en su Observación general No. 15, que dice lo siguiente:

“Normalmente se debe permitir que todo extranjero expulsado se dirija a cualquier país que acceda a recibirlo.”<sup>1171</sup>

494. Se ha expresado la opinión de que el derecho de un Estado a expulsar a un extranjero no incluye necesariamente el derecho a determinar el destino del extranjero.

“Además, en su Observación general sobre la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, el Comité subrayó que, normalmente, debía permitirse a un extranjero que hubiera sido expulsado dirigirse a cualquier país que accediera a recibirlo. La aparente intención es dejar en claro que la soberanía del Estado, que le permite expulsar a extranjeros, no incluye necesariamente el derecho a decidir *adónde será deportada la persona*. Esta decisión incumbe ante todo al propio deportado, así como a los demás Estados que accedan a recibirlo. Si ningún otro Estado está dispuesto a recibirlo, el extranjero podrá

<sup>1168</sup> Naciones Unidas, “Estudio sobre la expulsión de inmigrantes”, Secretaría, 10 de agosto de 1955, págs. 1 a 62 (ST/SOA.22 y Corr.2 (sustituye a Corr.1), párr. 102.

<sup>1169</sup> Véase Karl Doehring, “Aliens, Admission”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 107 a 109.

<sup>1170</sup> “No se ha reconocido el deber del Estado expulsante de ofrecer al expulsado la posibilidad de elegir un país de admisión pese a que es posible que le conceda esta oportunidad, cosa que sucede con frecuencia en la práctica”. Karl Doehring, “Aliens, Expulsion and Deportation”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 109 a 112, en especial pág. 111.

<sup>1171</sup> Comité de Derechos Humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), Observación general No. 15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 11 de abril de 1986, párr. 9.



ser deportado directamente a su país de procedencia y, en algunos casos a su país de origen.”<sup>1172</sup>

495. Por otra parte, se ha expresado la opinión de que el Estado no tiene ninguna obligación de aceptar la elección de destino de un extranjero sujeto a expulsión.

“El Estado de la nacionalidad no es necesariamente el Estado hacia donde se expulsa al extranjero. En caso de que haya más de un país dispuesto a recibir al extranjero, se plantea la cuestión de si la persona expulsada tiene derecho a elegir el Estado de destino. Esta parece ser la opinión expresada por el Comité de Derechos Humanos en su Observación general No. 15/27: “Normalmente se debe permitir que todo extranjero expulsado se dirija a cualquier país que acceda a recibirlo”. Podría aducirse en favor de esta opinión que el interés del Estado expulsante se ve satisfecho una vez que el extranjero ha sido expulsado de su territorio. Sin embargo, consideraciones prácticas y pecuniarias pueden inducir al Estado expulsante a no tener en cuenta los deseos de la persona expulsada. Esto podría afectar a los derechos humanos de la persona sólo en ciertas circunstancias especiales; por ejemplo, ... cuando un refugiado corra el riesgo de ser perseguido en su país de origen. Sería difícil sostener que, en principio, el Estado expulsante está obligado a aceptar la elección realizada por la persona. No se estipula semejante obligación en los instrumentos relativos a la expulsión ni es posible encontrar argumentos en favor de la existencia de tal obligación en la práctica de los Estados. Por consiguiente, toda restricción aplicable a la selección del Estado de destino deriva exclusivamente de las normas del derecho interno.”<sup>1173</sup>

496. El Estado puede permitir que el extranjero elija un Estado de destino que esté dispuesto a recibirlo con arreglo a las leyes nacionales<sup>1174</sup>. Sin embargo, las leyes

<sup>1172</sup> Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary*, Kehl am Rhein, N. P. Engel Publisher, 1993, pág. 228 (en relación con la Observación general No. 15, párr. 9) (se omite la cita).

<sup>1173</sup> Giorgio Gaja, nota 28 *supra*, pág. 293 (se omite la cita), refiriéndose al Comité de Derechos Humanos, Observación general No. 15/27, *Yearbook of the Human Rights Committee* (1985-1986) 11-515. “Hay dos fallos judiciales de los cuales se desprende que, si existen restricciones, sólo son aplicables en cierta medida. En la conocida causa *Duke of Chateau Thierry*, en el Tribunal de Apelaciones del Reino Unido, L. J. Swinfen Eady llegó a la siguiente conclusión: “[...] si bien el Gobierno Ejecutivo no está facultado para ordenar a un extranjero deportado que vaya a un lugar en particular, puesto que está autorizado a detener al extranjero y colocarlo a bordo de un buque (que, según interpreto, se trata de un buque de elección del Gobierno) y mantenerlo a bordo hasta que el buque finalmente parta del Reino Unido, el resultado podría ser que el extranjero tuviera que desembarcar en el país hacia el cual se dirige el buque directamente.” En *Muller v. Superintendent, Presidency Jail, Calcutta*, el Tribunal Supremo de la India sostuvo lo siguiente: “En el caso de la expulsión, [...] si una persona está dispuesta a marcharse voluntariamente, por lo común puede hacerlo en la forma y en el momento que prefiera. Pero no tiene ningún *derecho en la materia*.” Id. págs. 293 y 294 (en cursiva en el original), refiriéndose a *Duke of Chateau Thierry*, sentencia de 16 de marzo de 1917, [1917] 1 King’s Bench Division 922, en especial pág. 931; y *Muller v. Superintendent, Presidency Jail, Calcutta and Others*, Tribunal Supremo de la India, 23 de febrero de 1955, *International Law Reports*, 1955, H. Lauterpacht (ed.), págs. 497 a 500, en especial pág. 499.

<sup>1174</sup> “Además, tendría que ... permitírsele elegir el país al que desee presentar su solicitud de admisión.” Shigeru Oda, “Legal Status of Aliens”, en Max Sørensen (dir.), *Manual of Public International Law*, Nueva York, St. Martin’s Press, 1968, págs. 481 a 495, en especial pág. 483. “En el Reino Unido el Secretario de Estado puede ordenar a un extranjero que salga del país dentro de un plazo determinado ... Esto puede permitir al extranjero elegir el país al que desea dirigirse”. D. P. O’Connell, *International Law*, vol. 2, 2ª edición, Londres, Stevens & Sons, 1970, pág. 710 (se omiten las citas). “En el Derecho alemán ... se da al extranjero la primera

nacionales de diversos Estados no son uniformes a este respecto. La legislación nacional puede permitir al extranjero elegir el Estado de destino<sup>1175</sup>, pero puede poner como condición que este último esté dispuesto a recibir al extranjero<sup>1176</sup>, o que la selección esté limitada a aquellos Estados donde la entrada del extranjero sea legal<sup>1177</sup>. El Estado puede otorgar esta elección como opción primaria<sup>1178</sup>, como opción primaria alternativa<sup>1179</sup>, o como opción secundaria alternativa<sup>1180</sup> para la selección del Estado de destino. El Estado puede imponer condiciones sobre la elección de un Estado contiguo o adyacente<sup>1181</sup>, o elegir un Estado de destino si el extranjero no hace la elección en un plazo determinado<sup>1182</sup> o si dicha elección menoscaba los intereses del Estado expulsante<sup>1183</sup>.

497. También se observa falta de uniformidad en la jurisprudencia de los tribunales nacionales de distintos Estados en cuanto al poder discrecional del Estado expulsante de determinar el Estado de destino de un extranjero sujeto a expulsión<sup>1184</sup>; el derecho de un extranjero sujeto a expulsión a elegir el Estado de

---

opción”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, págs. 254 y 255.

- <sup>1175</sup> Belarús, Ley de 1998, artículo 32; Guatemala, Decreto Ley de 1986, artículo 88; Japón, Orden de 1951, artículo 53 2) 6); República de Corea, Ley de 1992, artículo 64 2) 4); Suiza, Ley Federal de 1931, artículo 14 2); y Estados Unidos, INA, artículos 238 c) 3) B), 241 b) 2) A), 250, 507 b) 2) A). Un Estado puede específicamente conceder al extranjero el derecho a elegir el Estado de destino cuando se marcha voluntariamente, después de iniciados los procedimientos de expulsión (Belarús, Ley de 1998, artículo 32).
- <sup>1176</sup> Guatemala, Decreto Ley de 1986, artículo 88; y Estados Unidos, INA, artículos 241 b) 2) C) ii)-iv), 250.
- <sup>1177</sup> Suiza, Ley federal de 1931, artículo 14 2).
- <sup>1178</sup> Suiza, Ley federal de 1931, artículo 14 2); y Estados Unidos, INA, artículos 241 b) 2) A), 507 b) 2) A).
- <sup>1179</sup> Guatemala, Decreto ley de 1986, artículo 88; y Estados Unidos, INA, artículo 250.
- <sup>1180</sup> Japón, Orden de 1951, artículo 53 2) 6); y República de Corea, Ley de 1992, artículo 64 2) 4).
- <sup>1181</sup> Estados Unidos, INA, artículo 241 b) 2) B).
- <sup>1182</sup> Estados Unidos, INA, artículo 241 b) 2) C) i).
- <sup>1183</sup> Estados Unidos, INA, artículo 241 b) 2) C) iv), 507 b) 2) A), B)
- <sup>1184</sup> *Muller v. Superintendent, Presidency Jail, Calcutta and Others*, Tribunal Supremo de la India, 23 de febrero de 1955, *International Law Reports*, 1955, H. Lauterpacht (ed.) págs. 497 a 500, en especial pág. 499 (“La expulsión no supone castigo, por lo menos en teoría, y si una persona está dispuesta a marcharse voluntariamente por lo común puede hacerlo en la forma y en el momento que desee. Pero no tiene *derecho* a este respecto. De conformidad con la legislación india, la cuestión queda completamente librada a la discreción del Gobierno de la Unión y dicho Gobierno puede prescribir la ruta y el puerto o el lugar de partida y puede colocar a la persona en determinado buque o avión ...”) (en cursiva en el original); *Mohamed and Another*, nota 221 *supra*, pág. 483 (“Una vez que se ha decidido la expulsión de una persona y dicha decisión persiste, independientemente de que la decisión de expulsarla sea obligatoria o facultativa, el Estado no tiene poder discrecional para no expulsar a la persona al destino prescrito en los párrafos a) y b).”); *Moore v. The Minister of Manpower and Immigrations*, Canadá, Tribunal Supremo, 24 de junio de 1968, *International Law Reports*, volumen 43, E. Lauterpacht (ed.), págs. 213 a 218, en especial pág. 216 (Judson J., a quien se adhirió Martland y Ritchie JJ., llegó a la conclusión de que con arreglo a la legislación pertinente “la elección depende del Ministro y no de la persona que ha de ser deportada. El Ministro está facultado para ello y la forma de ejercer esas facultades no plantea una cuestión de derecho sujeta a examen por este Tribunal.”); *In re Guerreiro et al.*, Argentina, Corte Suprema, 27 de noviembre de 1951 [*International Law Reports*, 1951, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 97, pág. 315 (se omite la cita) (“No podemos admitir la afirmación de que la protección que ofrece a la persona el recurso de hábeas corpus se extienda al punto de conceder el derecho de opción a un extranjero en cuanto al país al que ha de ser expulsado. Semejante interpretación constituiría una restricción unilateral de las facultades del Poder Ejecutivo para adoptar las medidas que juzgue necesarias a fin de asegurar la paz y la tranquilidad públicas, por lo cual estipularía una condición ajena a la

destino<sup>1185</sup>; y las limitaciones impuestas al derecho del extranjero de efectuar dicha elección<sup>1186</sup>.

**b) Derecho de ingresar en el Estado de la nacionalidad o de regresar al mismo**

498. El derecho de las personas a entrar en el Estado de la nacionalidad o a regresar al mismo<sup>1187</sup> (o a “su propio país”) se ha reconocido en instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos, incluidos la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>1188</sup>; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>1189</sup>; el Protocolo No. 4 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales<sup>1190</sup>; la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>1191</sup>; y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>1192</sup>. El derecho a regresar puede no ser absoluto<sup>1193</sup>. A este

---

intención de la ley.”)]; *Papadimitriou v. Inspector-General of Police and Prisons and Another*, Tribunal Supremo de Palestina actuando como Corte Suprema de Justicia, 3 de agosto de 1944, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1943-1945*, H. Lauterpacht (ed.), caso No. 68, págs. 231 a 235, en especial pág. 234 (Edwards, J.) (“El efecto de dejar la elección del buque al Secretario de Estado consiste en que priva al extranjero de la elección del buque y, por supuesto, de la elección de destino.”).

<sup>1185</sup> Véase, por ejemplo, *Jama v. Immigration and Customs Enforcement*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 12 de enero de 2005, No. 03-674 (“La ley estipula pues cuatro órdenes de expulsión consecutivas. 1) El extranjero será expulsado al país de su elección (apartados A) a C)), a menos que exista una de las condiciones que eliminan dicha orden”); *Ngai Chi Lam v. Esperdy*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Sección Segunda, 411 F.2d 310, 4 de junio de 1969, *International Law Reports*, volumen 53, E. Lauterpacht (ed.), págs. 536 a 538. Algunos Estados permiten la expulsión al destino preferido por el extranjero, siempre que el Estado de destino acceda a recibirlo, pero ello no es obligatorio. Véase, por ejemplo, *Chan v. McFarlane*, Canadá, Tribunal Superior de Ontario, 5 de enero de 1962, *International Law Reports*, volumen 42, E. Lauterpacht (ed.), págs. 213 a 218.

<sup>1186</sup> Véase, por ejemplo, *Ngai Chi Lam v. Esperdy*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Sección Segunda, 411 F.2d 310, 4 de junio de 1969, *International Law Reports*, volumen 53, E. Lauterpacht (ed.) págs. 536 a 538 (El funcionario encargado de la investigación especial estaba justificado en rehusarse a aceptar el destino designado por el extranjero, puesto que esta designación no había sido hecha de buena fe, sino con el exclusivo propósito de demorar la deportación.)

<sup>1187</sup> “Todos los nacionales de un Estado tienen derecho a entrar en el territorio de ese Estado y ese Estado no puede imponer restricciones arbitrarias al ejercicio de dicho derecho.” Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, *Studies in Transnational Legacy Policy*, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, pág. 39, Norma Rectora 6 (se omiten las cursivas).

<sup>1188</sup> Artículo 13, párr. 2: “Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país”.

<sup>1189</sup> Artículo 12, párr. 4: “Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país”.

<sup>1190</sup> Artículo 3, párr. 2: “Nadie será privado del derecho a entrar en el territorio del Estado del que es nacional”.

<sup>1191</sup> Artículo 22, párr. 5: “Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo”.

<sup>1192</sup> Artículo 12, párr. 2: “Toda persona tendrá derecho a irse de cualquier país, incluido el propio, y a regresar a su país. Este derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley para la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud pública o la moralidad”.

<sup>1193</sup> “El derecho a regresar, al igual que otros derechos, no es absoluto sino que está sujeto a reglamentación; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece, en efecto, que no habrá una privación arbitraria, lo cual permite concluir que puede haber una privación en ciertas circunstancias. En particular, la persona de que se trate podrá tener el derecho a apelar ante una instancia superior en cuanto a la cuestión de si la privación fue ‘arbitraria’”. Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, *Studies in*

respecto, el Pacto Internacional prohíbe la privación arbitraria de este derecho. Más específicamente, la Carta Africana reconoce que este derecho puede estar restringido por la ley por motivos de seguridad nacional, estabilidad pública, salud pública o buenas costumbres. Se ha expresado la opinión de que el derecho a regresar puede constituir un principio generalmente reconocido del derecho internacional<sup>1194</sup>.

499. El Comité de Derechos Humanos ha reconocido explícitamente la aplicación de este principio en relación con la expulsión de extranjeros. En su Observación general No. 15, el Comité de Derechos Humanos declaró lo siguiente:

“Los Estados Partes, al limitar la libertad de circulación de un extranjero o al deportar a éste a un tercer país, no podrán impedir arbitrariamente que regrese a su propio país (párrafo 4 del artículo 12).”<sup>1195</sup>

500. Cabe señalar asimismo las siguientes disposiciones del anexo 9 al Convenio sobre Aviación Civil Internacional:

“5.22. Un Estado Contratante admitirá en su territorio a sus nacionales que hayan sido deportados de otro Estado.”

“5.26. Todo Estado Contratante, cuando reciba una solicitud a efectos de proporcionar los documentos de viaje pertinentes para facilitar el regreso de uno de sus nacionales, responderá a tal petición dentro de un plazo razonable y a los 30 días de efectuada la solicitud, a más tardar, ya sea expidiendo el documento de viaje correspondiente o indicando a satisfacción del Estado solicitante que la persona en cuestión no es uno de sus nacionales.”<sup>1196</sup>

“5.28. Cuando un Estado Contratante haya determinado que la persona para la que se solicitó el documento de viaje es uno de sus nacionales pero no pueda expedir el pasaporte correspondiente dentro del plazo de 30 días de efectuada la solicitud, el Estado expedirá un documento de viaje de emergencia que confirme la nacionalidad de la persona interesada con validez para su readmisión en dicho Estado.”

501. En tanto que el Convenio Europeo y la Convención Americana reconocen el derecho de regresar al *Estado de la nacionalidad*, la Declaración Universal, el Pacto Internacional y la Carta Africana reconocen “el derecho ... a regresar a *su país*”, “el derecho a entrar en *su propio país*” y “el derecho a regresar a *su país*”, respectivamente [sin cursiva en el original].

502. El Comité de Derechos Humanos ha interpretado en sentido lato el concepto de “propio país” en el contexto de la disposición pertinente del Pacto Internacional.

Transnational Legacy Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, pág. 7.

<sup>1194</sup> “El derecho a regresar, previsto también en el párrafo 2 del Artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el párrafo 4 del Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, puede considerarse como un principio generalmente aceptado del derecho internacional. El derecho a regresar, sin lugar a dudas, es aplicable a los ciudadanos ... Siempre que una persona sea ciudadana no se le podrá impedir que regrese a su país ...” *Ibid.*

<sup>1195</sup> Comité de Derechos Humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), Observación general No. 15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 11 de abril de 1986, párr. 8. “Cuando la persona de que se trata desea regresar a su país de origen, ni ese Estado ni el país expulsante pueden, con arreglo al párrafo 4 del artículo 12 impedirle que lo haga”. Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary*, Kehl am Rhein, N. P. Engel Publisher, 1993, pág. 228.

<sup>1196</sup> Convenio sobre Aviación Civil Internacional, Chicago, 7 de diciembre de 1944, anexo 9 (12<sup>a</sup> ed.), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 15, No. 102, pág. 295.

En su Observación general No. 27, el Comité indicó que la expresión “su propio país” es más amplia que la expresión “país de la nacionalidad” puesto que incluye situaciones en que una persona, a pesar de no ser nacional de un país, pueda tener “vínculos estrechos y duraderos” con dicho país. Además, el Comité opina que hay muy pocas circunstancias en que pueda privarse a una persona de este derecho de un modo razonable. En su Observación general No. 27, el Comité declara lo siguiente:

“19. El derecho de toda persona a entrar en su propio país reconoce los especiales vínculos de una persona con ese país. Ese derecho tiene varias facetas. Supone el derecho a permanecer en el propio país. No faculta solamente a regresar después de haber salido del país, sino que también puede permitir a la persona entrar por primera vez en el país si ha nacido fuera de él (por ejemplo si ese país es el Estado de la nacionalidad de esa persona).

[...]

20. En el texto del párrafo 4 del artículo 12 no se hace diferencia entre nacionales y extranjeros (‘nadie’). Así pues, los titulares de ese derecho sólo pueden determinarse interpretando las palabras ‘su propio país’. 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 pueda 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 y de las personas cuyo país se haya incorporado o transferido a otra entidad nacional cuya nacionalidad se les deniega. El texto del párrafo 4 del artículo 12 permite una interpretación más amplia que podría abarcar otras categorías de residentes a largo plazo, en particular pero no exclusivamente los apátridas privados arbitrariamente del derecho a adquirir la nacionalidad del país de residencia. Como es posible que otros factores, en ciertas circunstancias, puedan traducirse en el establecimiento de vínculos estrechos y duraderos entre una persona y un país, los Estados Partes deben incluir en sus informes datos sobre el derecho de los residentes permanentes a regresar a su país de residencia.

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 regreso a su propio país por la vía de ... expulsarla a un tercer país.”<sup>1197</sup>

503. El derecho a entrar en el Estado de la nacionalidad o a regresar al mismo, o al propio país, puede ser de importancia especial para los extranjeros que están sujetos a expulsión del territorio de un Estado. Aun cuando el extranjero expulsado no tenga un derecho general de elección con respecto al destino con arreglo al derecho

<sup>1197</sup> Comité de Derechos Humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), Observación general No. 27: La libertad de circulación (Artículo 12), 2 de noviembre de 1999, párrs. 19 a 21 (se omite la cita).

internacional o nacional, los extranjeros que están sujetos a expulsión (a diferencia de la extradición) pueden tener el derecho a regresar al Estado de su nacionalidad o a su propio Estado en lugar de ser enviados a un tercer Estado. Este derecho puede ser reconocido en las leyes nacionales y en las constituciones de los Estados<sup>1198</sup>.

**c) Principio de no discriminación**

504. El principio de no discriminación es aplicable al derecho a regresar al propio país con arreglo al derecho internacional<sup>1199</sup>. A este respecto, el artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial dice lo siguiente:

“En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados Partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: [...] inciso ii) del apartado d): el derecho ... a regresar a su país.”

**d) Relación entre las consideraciones relativas a los derechos humanos y el deber de admisión de un Estado**

505. La relación entre las consideraciones relativas a los derechos humanos y la admisibilidad de un extranjero en un Estado determinado merece cierta reflexión. El hecho de que un extranjero indique su preferencia por ser expulsado a un Estado determinado no significa necesariamente que el Estado elegido tenga el deber de recibir al extranjero o esté dispuesto a hacerlo. En general, sólo el Estado de la nacionalidad tiene el deber de recibir al nacional que haya sido expulsado de otro Estado. Otros Estados pueden tener el deber de recibir a un extranjero en virtud de una obligación contraída por tratado o pueden acordar recibirlo en determinadas circunstancias. Además, el mero hecho de que un extranjero no desee regresar al

<sup>1198</sup> “El derecho interno de la mayoría de los países garantiza el derecho de los nacionales a entrar en el territorio del Estado. Se encuentran ejemplos en numerosas constituciones nacionales, por ejemplo el artículo 81 de la Constitución de 1979 de Kenya: ‘Ningún ciudadano de Kenya será privado de su libertad de circulación, es decir, de su derecho a circular libremente por todo el territorio de Kenya, el derecho a residir en cualquier parte de Kenya, el derecho a entrar en Kenya, el derecho a irse de Kenya y la inmunidad a la expulsión de Kenya’. Artículo 9 1) de la Constitución de 1957 de Malasia: ‘No se desterrará ni excluirá de la Federación a ningún ciudadano’. Artículo 15 de la Constitución del Pakistán: ‘Todo ciudadano tendrá el derecho a permanecer en el Pakistán y, a reserva de cualquier restricción razonable impuesta por ley en interés público, a entrar en el Pakistán y circular libremente por todo su territorio y a residir y establecerse en cualquier parte del mismo’. Artículo 15 2) de la Constitución Federal Suiza de 1977: ‘[Todos los ciudadanos suizos] pueden salir de Suiza y regresar al país en cualquier momento’ ... y artículo 18 de la Constitución de 1961 de la República Turca: ‘Los ciudadanos turcos podrán salir de Turquía y volver a entrar en el territorio libremente. La libertad de salir de Turquía estará reglamentada por ley’ ... En diversos fallos judiciales del Canadá, por ejemplo, *R. v. Soon Gin* [3 D.L.R. 125 (1941)], y en los Estados Unidos, por ejemplo *Worthy v. United States* [328 F. 2d 386 (1964)], se ha sostenido o considerado que sus nacionales disfrutan del derecho constitucional a entrar en su país”. Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, págs. 40 y 41.

<sup>1199</sup> “La denegación de la admisión puede ser también incompatible con el derecho consuetudinario internacional o los principios generales de derecho tales como la norma de la no discriminación o la prohibición del abuso de derecho, que tienen prelación con respecto a las medidas internas.” Rainer Arnold, “Aliens”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 102 a 107, en especial pág. 104.

Estado de su nacionalidad no excluye esta posibilidad si ningún otro Estado está dispuesto a recibirlo. Esta cuestión ha sido objeto del siguiente análisis:

“Sin embargo, sean cuales fueren las facultades discrecionales que puedan tener los Estados con arreglo a estas normas de derechos humanos con respecto a una persona determinada, tienen todavía una obligación aparte con otros Estados de aceptar el regreso, obligación que parece ser de aplicabilidad más amplia. Esta norma, según la cual un Estado debe aceptar el regreso de sus nacionales cuando así lo exija otro Estado en cuyo territorio se encuentren dichos nacionales, es de más antigua data que la norma comparable de derechos humanos, y puede ser aplicable aun en caso de que la persona se resista a regresar (por motivos que no den lugar a una reclamación individual válida, por ejemplo, el temor justificado de persecución en el país de su nacionalidad, que prevalecería sobre la autoridad del Estado de acogida para expulsarlo de su territorio).”<sup>1200</sup>

## 2. El Estado de destino

506. 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 trate<sup>1201</sup>. La determinación del Estado de destino puede entrañar un examen de la admisibilidad de un extranjero en un Estado determinado.

### a) Estado de nacionalidad

507. El Estado de nacionalidad suele ser el destino más habitual para los nacionales expulsados del territorio de otros Estados. El Estado de nacionalidad tiene la obligación de admitir a sus nacionales con arreglo al derecho internacional. Ya en 1892, el Instituto de Derecho Internacional reconoció que un Estado no puede prohibir la entrada de sus nacionales a su territorio<sup>1202</sup>. Dicha obligación está reconocida en la Convención sobre condiciones de los extranjeros<sup>1203</sup>.

508. La obligación que incumbe a los Estados de admitir a sus nacionales también se ha examinado en la bibliografía especializada<sup>1204</sup>. Algunos autores han señalado

<sup>1200</sup> David A. Martin, “The Authority and Responsibility of States” en T. Alexander Aleinikoff, y V. Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003 págs. 31 a 45, en especial pág. 41 (se omite la cita).

<sup>1201</sup> “La legislación nacional suele prever la deportación o la expulsión de extranjeros a una amplia variedad de países”. Richard Plender, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pág. 468.

<sup>1202</sup> “En principio, un Estado no deberá prohibir el acceso a su territorio ni la permanencia en él a sus súbditos ni a quienes, tras haber perdido la condición de nacionales de dicho Estado, no hayan adquirido ninguna otra nacionalidad”. *Règles internationales*, véase la nota 56 *supra*, artículo 2.

<sup>1203</sup> Convención sobre condiciones de los extranjeros, La Habana, 20 de febrero de 1928, en Charles I. Bevans (dir.), *Treaties and other international agreements of the United States of America 1776-1949, vol. 2: Multilateral, 1918-1930*, págs. 710 a 713, artículo 6, párr. 2: “Los Estados están obligados a recibir a los nacionales que, expulsados del extranjero, se dirijan a su territorio”.

<sup>1204</sup> “La expulsión y la deportación a un Estado determinado sólo será posible si dicho Estado está dispuesto a acoger al interesado. Sólo el país cuya nacionalidad ostente el interesado está

que la obligación de un Estado de admitir a sus nacionales es un corolario necesario del derecho que les asiste de expulsar a extranjeros con objeto de asegurar la eficacia de ese derecho<sup>1205</sup>. Se ha planteado la cuestión de si un Estado tiene la obligación de admitir a un nacional que haya sido objeto de una expulsión ilícita<sup>1206</sup>. 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? Esta cuestión requiere un examen de la relación entre el derecho que asiste al Estado territorial de expulsar a extranjeros de su territorio y la obligación que incumbe al

---

obligado a acogerle”. Karl Doehring, “Aliens, Expulsion and Deportation”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 109 a 112, en especial pág. 111. “Es un hecho generalmente aceptado que el Estado de nacionalidad está obligado a acoger al extranjero ...” Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 255 (se omite la cita). “Si bien un Estado puede excluir discrecionalmente a un extranjero, está obligado a admitir a sus propios nacionales expulsados de otro Estado, al menos cuando éstos no tengan otro sitio donde ir”. David John Harris, *Cases and Materials on International Law*, 4ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1991, pág. 505. “Si bien la práctica internacional demuestra que un Estado no puede expulsar lícitamente a un extranjero a un país que no esté dispuesto a admitirlo, la misma práctica demuestra que si no hay ningún país que esté dispuesto a admitirlo se le puede enviar al Estado de su nacionalidad”. Richard Plender, “The Ugandan Crisis and the Right of Expulsion under International Law”, *The Review: International Commission of Jurists*, No. 9, 1972, págs. 19 a 32, en especial pág. 26 (en referencia a *R. v. Governor, Brixton Prison, ex parte Soblen*, [1962] 3 All E.R. 641, 661; *Ying et al. v. Kennedy*, 292 F.2d. 740 (1961); *Moore v. The Minister of Manpower and Immigration*, Canadá, Tribunal Supremo, 24 de junio de 1968, *International Law Reports*, volumen 43, E. Lauterpacht (ed.), págs. 213 a 218). “La opción más habitual [después del Estado de embarque] consiste en recurrir al Estado del que es nacional el deportado. La opción es obvia, no sólo porque la idea de ‘enviar una persona a casa’ es natural sino porque, ante todo, el Estado cuya nacionalidad ostenta una persona es el único que está obligado a aceptarla con arreglo al derecho internacional”. Ivan Anthony Shearer, *Extradition in International Law*, Manchester, University Press, 1971, pág. 78 (se omite la cita). Véase también S.K. Agrawala, *International Law Indian Courts and Legislature*, Bombay, N.M. Tripathi Private Ltd., 1965, pág. 103.

<sup>1205</sup> “Ya se ha hecho referencia en distintos contextos a la obligación que incumbe a los Estados de admitir a sus propios nacionales. Tradicionalmente se ha entendido que esa obligación es el correlato del ‘derecho’ de expulsión. Schwarzenberger señala que: ‘Para que el derecho de expulsión sea eficaz, los Estados han insistido en la práctica en la obligación que incumbe al Estado de origen de recibir a cualquiera de sus nacionales que haya sido expulsado de un Estado extranjero’. Oppenheim también es preciso y señala que la función de la nacionalidad abarca un derecho y una obligación específicos: ‘El derecho de todos los Estados a proteger a sus ciudadanos en el extranjero ... y la obligación de acoger a sus ciudadanos cuando no se les permita permanecer en el territorio de otros Estados’”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 136 (se omiten las citas) (citando a Schwarzenberger, *International Law* (3ª ed., 1957), vol. I, pág. 361; y Oppenheim, *International Law* (8ª ed., 1955), vol. I, págs. 645 y 646). “El derecho a expulsar a ciudadanos extranjeros tiene su contrapartida en la obligación que incumbe a los Estados de acoger en su territorio a aquellos de sus nacionales que no tenga ningún otro sitio a donde ir”. Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, pág. 944 (se omite la cita). “No cabe duda de que, en general, un Estado tiene derecho a expulsar a ciudadanos extranjeros de sus territorios. Ese es un derecho reconocido desde hace mucho tiempo; y tiene su corolario (si no su contrapartida exacta) en la obligación que incumbe a los Estados de readmitir en sus territorios a aquellos de sus ciudadanos que hayan sido expulsados lícitamente de otros Estados”. Richard Plender, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pág. 459 (se omiten las citas).

<sup>1206</sup> “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, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, págs. 201 y 202 (se omite la cita).



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 nacionales<sup>1207</sup>.

509. 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.

“La legislación de un Estado puede exigir a los nacionales que traten de entrar en su territorio la presentación de un pasaporte al objeto de acreditar su identidad y su nacionalidad.

Algunos países sólo exigen a sus nacionales la presentación de un pasaporte para entrar en el país en tiempo de guerra. Incluso en los casos en que no es necesaria la presentación de un pasaporte, es probable que los nacionales que no dispongan de dicho documento sufran demoras y tengan dificultades para entrar en el país a menos que presenten otra documentación que pueda servir para acreditar su identidad y su nacionalidad. Un permiso de conducir o una cartilla de racionamiento pueden servir para acreditar la identidad de una persona pero no su nacionalidad; por otro lado, en algunas ocasiones una cartilla electoral puede ser suficiente para obtener la admisión.

Si bien la práctica de no exigir visado de entrada a los nacionales de un país es casi universal, un Estado puede, en interés de la salud pública, exigir a sus nacionales la presentación de un certificado médico o una cartilla de vacunación con arreglo a lo dispuesto en su legislación.

En ocasiones pueden surgir problemas cuando una persona que no tiene pasaporte ha de acreditar su condición de nacional a fin de reclamar el derecho a entrar en el país de su nacionalidad. Esto sucede, por ejemplo, cuando una persona que reside durante largo tiempo en un país extranjero y que no se ha preocupado de tramitar su pasaporte o lo ha perdido durante una revolución o conflicto se ve obligada a regresar al país de su nacionalidad. Puede darse el caso de que las autoridades del país extranjero hubiesen decidido expulsar a

<sup>1207</sup> “La premisa de que los Estados deben admitir a sus propios nacionales en su territorio es ampliamente aceptada y actualmente se considera un principio consolidado del derecho internacional. La nacionalidad constituye un vínculo jurídico y político que liga a un particular con un Estado y que permite a éste ofrecer protección a sus nacionales contra otros Estados; ese mismo vínculo no existe entre un particular y el Estado en que mantiene su residencia habitual si dicho particular no es un nacional de ese Estado ... La obligación de admitir a una persona en el territorio de un Estado se considera un atributo de la nacionalidad”. Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, págs. 39 y 40 (en referencia a Corte Internacional de Justicia, *Causa Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, 1955 *I.C.J. Reports*. 4; y Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Van Duyn c. Home Office*, 1 *Common Market Law Reports* 1,18 (1975)).

dicha persona y confiscar su pasaporte al mismo tiempo. Entonces, esa persona deberá recurrir a otros medios para acreditar su condición de nacional. En el caso de las personas nacidas en el país de su nacionalidad que pueden solicitar dicha nacionalidad en razón de su nacimiento es probable que se pueda encontrar algún documento oficial en forma de certificado de nacimiento o en el registro civil local. En el caso de los naturalizados en el país, se podría localizar fácilmente la carta de naturaleza u otros documentos pero cuando el interesado haya nacido en el extranjero y solicite la nacionalidad en razón de su filiación, no cabe duda que la situación sería más compleja.

Sea como fuere, deberá darse la oportunidad de acreditar su condición nacional a quienes reclamen 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 de recurrir dicha decisión ante las autoridades judiciales o administrativas competentes.”<sup>1208</sup>

510. 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<sup>1209</sup>. Como se ha señalado anteriormente, esta cuestión puede regirse por las normas del derecho internacional relativas a la nacionalidad y, por tanto, excede el alcance del presente tema<sup>1210</sup>.

511. La legislación nacional de algunos Estados 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: 1) del

<sup>1208</sup> Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, págs. 46 y 47. “La salida del territorio de un Estado dependerá en la mayoría de los casos de la posesión de un pasaporte. Obsérvese que en 1976, el Gobierno británico retiró los pasaportes a los ciudadanos del Reino Unido que habían luchado como mercenarios en la guerra de independencia de Angola. ‘El Ministerio de Relaciones Exteriores dijo que no se les devolverían y que se denegaría cualquier solicitud futura a menos que firmasen una declaración comprometiéndose a no trabajar como mercenarios’”. David John Harris, *Cases and Materials on International Law*, 4ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1991, pág. 506 (se omiten las citas).

<sup>1209</sup> “Se han planteado una serie de cuestiones en lo que respecta a la protección diplomática de las personas con doble nacionalidad y han surgido dos normas. En el artículo 4 del Convenio de 1930 [relativo al conflicto de leyes de nacionalidad] se deja en claro que ‘un Estado no podrá conceder protección diplomática a uno de sus nacionales contra otro Estado cuya nacionalidad esa persona también posea’. Por otro lado, si la cuestión se plantea en un tercer Estado, o ante un tribunal internacional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 del Convenio y otra jurisprudencia ulterior, ‘de las nacionalidades que posee esta persona el tercer Estado (o un tribunal) en su territorio reconoce exclusivamente o bien la nacionalidad del país en que esta persona reside habitual y predominantemente, o bien la ciudadanía del país con el que está especialmente vinculada, teniendo en cuenta las circunstancias concretas en que se encuentre’. No está claro si esta norma concebida para la protección diplomática también se debería aplicar a las normas internacionales de derechos humanos, y si un Estado está obligado a reconocer el derecho al retorno o permitir libremente la entrada en su territorio a personas que tienen doble nacionalidad cuando su nacionalidad activa o preponderante sea la de otro Estado”. Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, págs. 46 y 47.

<sup>1210</sup> Véase la parte III.A.1.

que sea ciudadano o nacional<sup>1211</sup>, o nativo<sup>1212</sup>; 2) al que “pertenezca”<sup>1213</sup>; 3) que sea su Estado de “origen” (cuando dicho Estado sea claramente distinto del Estado de embarque)<sup>1214</sup>; o 4) que hubiese sido su lugar de nacimiento<sup>1215</sup>. El Estado que expulsa puede determinar este destino como opción principal<sup>1216</sup>, opción principal alternativa<sup>1217</sup>, opción secundaria<sup>1218</sup>, u opción secundaria alternativa<sup>1219</sup>.

512. Por lo general, los tribunales internos de los Estados han confirmado el derecho que asiste a un Estado de expulsar a un extranjero al Estado de su nacionalidad<sup>1220</sup>. Además, algunos tribunales nacionales han señalado que existe la presunción de que el Estado de nacionalidad tiene que aceptar a sus nacionales cuando sean expulsados<sup>1221</sup>.

<sup>1211</sup> Belarús, Ley de 1998, artículos 19 y 33; Brasil, Ley de 1980, artículo 57; Francia, Código, artículos 513-2 1) y 532-1; Japón, Orden de 1951, artículo 53 1); Nigeria, Ley de 1963, artículos 17 1) c) i) y 22 1); República de Corea, Ley de 1992, artículo 64 1); y Estados Unidos, INA, artículos 241 b) 1) C) i) y 2) D) y 250.

<sup>1212</sup> Estados Unidos, INA, artículo 250.

<sup>1213</sup> Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículo 13 12), Ley No. 40 de 1998, artículo 11 12), Decreto Ley de 1996, artículo 7 3); y Kenya, Ley de 1967, artículo 8 2) a).

<sup>1214</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 64 1); Guatemala, Decreto Ley de 1986, artículo 88; Honduras, Ley de 2003, artículo 3 23); Paraguay, Ley de 1996, artículo 78; Suecia, Ley No. 529 de 1989, capítulo 8, artículo 5; y Suiza, Reglamento de 1999, artículo 9.

<sup>1215</sup> Japón, Orden de 1951, artículo 53 2) 4)-5); República de Corea, Ley de 1992, artículo 64 2) 1); y Estados Unidos, INA, artículo 241 b) 1) C) ii), 2) E) iv) a) vi). Un Estado puede determinar este destino como tercera opción (Estados Unidos, INA, artículo 241 b) 2) E) iv)-vi)).

<sup>1216</sup> Belarús, Ley de 1998, artículo 19; Francia, Código, artículos 513-2 1) y 532-1; Italia, Decreto Ley de 1996, artículo 7 3); Japón, Orden de 1951, artículo 53 1); Nigeria, Ley de 1963, artículo 17 1) c); y República de Corea, Ley de 1992, artículo 64 1).

<sup>1217</sup> Belarús, Ley de 1998, artículo 33; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 64 1); Brasil, Ley de 1980, artículo 57; Guatemala, Decreto Ley de 1986, artículo 88; Honduras, Ley de 2003, artículo 3 23); Kenya, Ley de 1967, artículo 8 2) a); Nigeria, Ley de 1963, artículo 22 1); Paraguay, Ley de 1996, artículo 78; Suecia, Ley No. 529 de 1989, capítulo 8, artículo 5; Suiza, Reglamento de 1999, artículo 9; y Estados Unidos, INA, artículo 250. Un Estado podrá: 1) permitir expresamente que el extranjero elija esta opción (Estados Unidos, INA, artículo 250); 2) dejar expresamente la elección al Ministro competente (Kenya, Ley de 1967, artículo 8 2) a); Nigeria, Ley de 1963, artículo 22 1); y Paraguay, Ley de 1996, artículo 78); o 3) no especificar a quién corresponde la elección (Belarús, Ley de 1998, artículo 33; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 64 1); Brasil, Ley de 1980, artículo 57; Guatemala, Decreto Ley de 1986, artículo 88; Honduras, Ley de 2003, artículo 3 23); Suecia, Ley No. 529 de 1989, capítulo 8, artículo 5; y Suiza, Reglamento de 1999, artículo 9).

<sup>1218</sup> Estados Unidos, INA, artículo 241 b) 1) C), 2) D) (pero sólo cuando el Estado de destino sea el Estado de nacionalidad del extranjero).

<sup>1219</sup> Un Estado podrá permitir que el extranjero elija esta opción (República de Corea, Ley de 1992, artículo 64 2) 1)-2)), o no especificar a quién corresponde la elección (Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 21 1)).

<sup>1220</sup> Véase *Mackeson*, nota 1060 *supra*, pág. 252 (“Aunque el funcionario de inmigración no estaba obligado a elegir el país de origen de dicha persona, pudieran haberse dado circunstancias que así lo aconsejaban pues ese era el país que ofrecía más probabilidades de acogerle”); *Mohamed and Another*, nota 221 *supra*, págs. 469 a 500; *Residence Prohibition Order Case* (1), República Federal de Alemania, Tribunal Administrativo Superior de Münster, 24 de septiembre de 1968, *International Law Reports*, volumen 61, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (ed.), págs. 431 a 433; *Chan v. McFarlane*, Canadá, Tribunal Superior de Justicia de Ontario, 5 de enero de 1962, *International Law Reports*, volumen 42, E. Lauterpacht (ed.), págs. 213 a 218.

<sup>1221</sup> Véase, por ejemplo, *United States Ex Rel. Tom Man v. Shaughnessy*, Estados Unidos, Tribunal de Distrito, Distrito Sur de Nueva York, 16 de mayo de 1956, *International Law Reports*, 1956, H. Lauterpacht (ed.), págs. 397 a 401, en especial 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

**b) Estado de residencia**

513. 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 expulsor<sup>1222</sup>. El Estado que expulsa puede determinar este destino como opción principal<sup>1223</sup>, opción secundaria<sup>1224</sup> o como opción secundaria alternativa<sup>1225</sup>.

**c) Estado de expedición del pasaporte**

514. 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. La importancia del pasaporte como prueba acreditativa de la nacionalidad de un extranjero y fundamento de su “devolución al Estado de emisión del pasaporte” en caso de expulsión se ha examinado en los siguientes términos:

“El hecho de que un extranjero pueda o no ser devuelto a algún otro Estado suele constituir un aspecto fundamental a la hora de determinar si se le permite entrar en un país extranjero. Si posteriormente se determina que el extranjero es ‘persona indeseable’, entonces el Estado intentará deportarlo a otro lugar y pueden presentarse dificultades de orden práctico si no tiene pasaporte o si ningún otro Estado está dispuesto a expedirle uno. Así, en una ocasión el Tribunal Supremo del Brasil dictaminó que no se podía proceder a expulsar a un nacional rumano porque el Gobierno de Rumania se negaba a expedirle un pasaporte. 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 y en algunas ocasiones se hace incluso extensiva a los titulares de pasaportes caducados o a

---

hechos de este caso.”); y *United States Ex Rel. Hudak v. Uhl*, Tribunal de Distrito, Distrito Norte de Nueva York, 1º de septiembre de 1937, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, años 1935-1937, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 161, págs. 342 a 344, en especial 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.”). Pero 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 (ed.), Causa No. 79, págs. 258 y 259, en especial 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*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Sección Segunda, 411 F.2d 310, 4 de junio de 1969, *International Law Reports*, vol. 53, E. Lauterpacht (ed.), págs. 536 a 538 (El Estado de nacionalidad rehusó aceptar al deportado).

<sup>1222</sup> Belarús, Ley de 1998, artículo 19; Estados Unidos, INA, artículo 241 b) 1) C) iii), 2) E) iii); Japón, Orden de 1951, artículo 53 2) 1)-2), y República de Corea, Ley de 1992, artículo 64 2) 1). Un Estado podrá determinar este destino como tercera opción (Estados Unidos, INA, artículo 241 b) 2) E) iii)).

<sup>1223</sup> Belarús, Ley de 1998, artículo 19.

<sup>1224</sup> Estados Unidos, INA, artículo 241 b) 1) C) (pero sólo cuando el Estado de destino sea el Estado de nacionalidad del extranjero).

<sup>1225</sup> Un Estado podrá permitir a un extranjero que elija esta opción (República de Corea, Ley de 1992, artículo 64 2) 1)-2)).

quienes poseen otra documentación acreditativa de su nacionalidad. Por ejemplo, en virtud de un acuerdo concertado en 1961, Austria y la República Federal de Alemania convinieron en aceptar a los nacionales de sus respectivos países si existía una presunción sobre la nacionalidad de la persona. Dicha presunción podía basarse en un pasaporte, incluso aunque estuviese caducado o se hubiera expedido por error, o en algún otro documento de viaje o identidad. Los pasaportes caducados también ocupan un lugar destacado en el Acuerdo Europeo sobre el Régimen de Circulación de Personas de 1957 como garantía suficiente para proceder a la devolución, aún cuando la nacionalidad del titular esté por determinar.

Además, la cuestión de la devolución está claramente ligada a la cuestión del pasaporte como prueba acreditativa de la nacionalidad. De hecho, no hay ninguna norma de derecho internacional consuetudinario que prohíba la expedición de pasaportes a no nacionales. En efecto, hay muchos precedentes favorables a la práctica, tanto de orden político como humanitario ... En otros casos, 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 gobierno. Aunque es evidente que dichos documentos no acreditan fehacientemente la nacionalidad de su titular, para que sean reconocidos por otros Estados como documentos de viaje válidos es esencial que se garantice la posibilidad de devolución. [...]

En la práctica de los Estados, particularmente en lo que respecta a las disposiciones del derecho interno, se insiste en que la posibilidad de devolución constituye un aspecto fundamental de la validez de un documento de viaje. Se acepta que el pasaporte es en sí mismo prueba suficiente de esta garantía, incluso aunque pueda ser equívoco en lo que respecta a la nacionalidad. Si bien el pasaporte es principalmente un instrumento que dimana del derecho interno, su efecto al menos a este respecto viene dado por una norma de derecho internacional consuetudinario. [...]

Asimismo, el hecho de tener 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.”<sup>1226</sup>

515. La legislación nacional de algunos Estados prevé la expulsión de los extranjeros al Estado que les hubiese expedido los documentos de viaje<sup>1227</sup>.

<sup>1226</sup> Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, págs. 45, 46 y 50 (en cursiva en el original), en referencia a, entre otros, *Feldman v. Justiça Publica*, Ann. Dig. 1938-40, Causa No. 144; 414 *United Nations, Treaty Series* 211; Acuerdo de 1954 entre Suecia y la República Federal de Alemania: 200 *United Nations, Treaty Series* 39; Acuerdo de 1954 entre Dinamarca y la República Federal de Alemania: 200 *United Nations, Treaty Series* 53; Acuerdo de 1958 entre Bélgica y los Países Bajos: 330 *United Nations, Treaty Series*; Acuerdo de 1962 entre Austria y Francia: 463 *United Nations, Treaty Series* 173; y artículo 5 del Acuerdo Europeo sobre el Régimen de Circulación de Personas entre los Países Miembros del Consejo de Europa (*European Treaty Series*, No. 25).

<sup>1227</sup> Francia, Código, artículo L513-2 2); Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículo 10 3), Ley No. 40 de 1998, artículo 8 3); Nigeria, Ley de 1963, artículo 17 1) c) ii); Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 21 1), y Túnez, Ley de 1968, artículo 5.

El Estado expulsor puede determinar este destino como opción principal<sup>1228</sup>, opción principal alternativa<sup>1229</sup> o como opción secundaria alternativa<sup>1230</sup>.

**d) Estado de embarque**

516. La legislación nacional de algunos Estados prevé la expulsión de los extranjeros al Estado de embarque<sup>1231</sup>. El Estado expulsor puede devolver un extranjero al Estado: 1) desde el que hubiese entrado en el territorio del Estado expulsor o en el que se hubiese embarcado en la nave utilizada para entrar en su país<sup>1232</sup>, o 2) que sea su Estado de “origen” (cuando éste no sea expresamente diferente de su Estado de nacionalidad)<sup>1233</sup>. El Estado expulsor puede determinar este destino como opción principal<sup>1234</sup>, opción principal alternativa<sup>1235</sup>, opción

<sup>1228</sup> Italia, Decreto Ley de 1996, artículo 7 3), y Nigeria, Ley de 1963, artículo 17 1) c).

<sup>1229</sup> Italia, Ley No. 40 de 1998, artículo 8 3). Un Estado no puede especificar a quién corresponderá la elección (Italia, Ley No. 40 de 1998, artículo 8 3)).

<sup>1230</sup> Un Estado no puede especificar a quién corresponde la elección (Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 21 1)).

<sup>1231</sup> “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.” Ivan Anthony Shearer, *Extradition in International Law*, Manchester, University Press, 1971, págs. 77 y 78. “El Fiscal General de los Estados Unidos puede ordenar la deportación de un extranjero al país de procedencia, al país del puerto de embarque hacia los Estados Unidos o a un territorio extranjero contiguo, siempre que ello signifique deportarlo al país de su nacimiento.” D.P. O’Connell, *International Law*, vol. 2, 2ª ed., Londres, Stevens & Sons, 1970, págs. 710 y 711 (se omite la cita).

<sup>1232</sup> Belarús, Ley de 1998, artículos 19 y 33; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 64 1); Canadá, Ley de 2001, artículo 115 3); Guatemala, Decreto Ley de 1986, artículo 88; Honduras, Ley de 2003, artículo 3 23); Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículos 10 3) y 13 12), Ley No. 40 de 1998, artículos 8 3) y 11 12), Decreto Ley de 1996, artículo 7 3); Kenya, Ley de 1967, artículo 8 2) a); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 59; Paraguay, Ley de 1996, artículo 78; Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 21 1); República de Corea, Ley de 1992, artículo 64 2) 3); Suecia, Ley No. 529 de 1989, capítulo 8, artículo 5; Suiza, Reglamento de 1999, artículo 9, y Estados Unidos, INA, artículos 241 b) 1) A)-B), 2) E) i)-ii) y 250; Japón, Orden de 1951, artículo 53 2) 3).

<sup>1233</sup> Brasil, Ley de 1980, artículo 57, y Lituania, Ley de 2004, artículo 129 1).

<sup>1234</sup> Canadá, Ley de 2001, artículo 115 3); Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 21 1) y Estados Unidos, INA, artículo 241 b) 1) A)-B).

<sup>1235</sup> Belarús, Ley de 1998, artículo 33; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 64 1); Brasil, Ley de 1980, artículo 57; Guatemala, Decreto Ley de 1986, artículo 88; Honduras, Ley de 2003, artículo 3 23); Italia, Ley No. 40 de 1998, artículo 8 3); Kenya, Ley de 1967, artículo 8 2) a); Lituania, Ley de 2004, artículo 129 1); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 59; Paraguay, Ley de 1996, artículo 78; Suecia, Ley No. 529 de 1989, capítulo 8, artículo 5; Suiza, Reglamento de 1999, artículo 9; y Estados Unidos, INA, artículo 250. Un Estado podrá: 1) permitir expresamente que el extranjero elija esta opción (Estados Unidos, INA, artículo 250); 2) dejar expresamente la elección al Ministro competente (Kenya, Ley de 1967, artículo 8 2) a), 3); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 59; y Paraguay, Ley de 1996, artículo 78); o 3) no especificar a quién corresponde la elección (Belarús, Ley de 1998, artículo 33; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 64 1); Brasil, Ley de 1980, artículo 57; Guatemala, Decreto Ley de 1986, artículo 88; Honduras, Ley de 2003, artículo 3 23); Italia, Ley No. 40 de 1998, artículo 8 3); Lituania, Ley de 2004, artículo 129 1); Suecia, Ley No. 529 de 1989, capítulo 8, artículo 5; y Suiza, Reglamento de 1999, artículo 9).

secundaria<sup>1236</sup>, opción secundaria alternativa a elección del extranjero<sup>1237</sup>, o como tercera opción a elección de éste<sup>1238</sup>.

517. Un Estado puede limitar la gama de opciones sobre este particular a los Estados de destino contemplados en virtud de arreglos o acuerdos especiales<sup>1239</sup>. Un Estado puede imponer condiciones a la elección de un Estado contiguo o adyacente<sup>1240</sup>, que se aplicarían en particular a los extranjeros en situación de tránsito<sup>1241</sup>, 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 asilo<sup>1242</sup>.

518. El Estado de embarque puede ser diferente del Estado de tránsito<sup>1243</sup>.

#### e) Estado parte en un tratado

519. Un Estado puede contraer la obligación de recibir extranjeros que sean nacionales de otros Estados partes en un tratado<sup>1244</sup>. La obligación que incumbe a

<sup>1236</sup> Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículo 13 12), Ley No. 40 de 1998, artículo 11 12), Decreto Ley de 1996, artículo 7 3).

<sup>1237</sup> Japón, Orden de 1951, artículo 53 2) 3), y República de Corea, Ley de 1992, artículo 64 2) 3).

<sup>1238</sup> Estados Unidos, INA, artículo 241 b) 2) E) i)-ii).

<sup>1239</sup> Italia, Decreto Ley de 1996, artículo 7 3).

<sup>1240</sup> Estados Unidos, INA, artículo 241 b) 1) B).

<sup>1241</sup> Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículo 10 3).

<sup>1242</sup> Canadá, Ley de 2001, artículo 115 3).

<sup>1243</sup> “En cualquier caso, está claro que un país de tránsito (por contraposición a un país en que el interesado haya residido legalmente durante un largo período de tiempo) 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. No obstante, en los últimos decenios los Estados han negociado cada vez más tratados bilaterales o regionales de readmisión 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. Un ejemplo importante de ello es el Convenio de Dublín de 1990. En ocasiones se considera que dichos arreglos contribuyen a aplicar un principio reiterado del país de primer asilo, pero de la práctica de los Estados no se desprende ningún principio claro de este tipo. Sin embargo, 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 (en última instancia, dichas decisiones son discrecionales). Es decir, 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 éste bien podría permanecer indefinidamente en el territorio del Estado C, pese a la denegación de su solicitud de asilo”. David A. Martin, “The Authority and Responsibility of States” en Alexander T. Aleinikoff y V. Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003, págs. 31 a 45, pág. 42 (en referencia a, entre otros, el Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas (Convenio de Dublín), 15 de junio de 1990, *Diario Oficial C 254* (1997), reimpreso en 30 *ILM* 425 (1991)).

<sup>1244</sup> “No obstante, los Estados pueden, en virtud de un tratado, conceder a sus respectivos nacionales el derecho a entrar en sus territorios, en particular mediante tratados de comercio y amistad, que a menudo otorgan a los nacionales extranjeros no sólo el derecho a entrar en el Estado sino también a establecer un negocio allí. Además, no es extraño que un grupo de países con estrechos vínculos económicos o culturales den a los nacionales de un país libertad para entrar en todos los demás países del grupo para determinados fines (como sucede entre los países de la Comunidad Económica Europea, los países nórdicos y, anteriormente, al menos en cierta

un Estado de admitir extranjeros que sean nacionales de otro Estado puede estar contemplada en tratados bilaterales o multilaterales. Los Estados partes en uno de esos tratados pueden reservarse el derecho a denegar la admisión o la entrada de esos extranjeros en las circunstancias previstas en el tratado pertinente. Así, la naturaleza y el alcance de la obligación que incumbe a un Estado de admitir extranjeros dependerá de los términos del tratado, que pueden variar de uno a otro<sup>1245</sup>.

520. La obligación limitada que incumbe a los Estados de admitir extranjeros que sean nacionales de otros Estados partes en virtud de tratados multilaterales relativos al establecimiento o de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales se ha examinado en los siguientes términos:

“Sin embargo, la obligación particular de admitir extranjeros podría derivarse de los tratados internacionales. ... En algunos casos concretos, los tratados bilaterales y multilaterales han creado una obligación para los Estados de admitir extranjeros. En particular, hay tratados de establecimiento en los que se contempla dicha obligación, por ejemplo, el Convenio Europeo de Establecimiento de 15 de diciembre de 1955 (art. 1; ETS 19). Pero incluso esos tratados suelen contener disposiciones restrictivas con arreglo a las cuales, pese a la obligación general, se puede limitar la admisión o incluso excluirla si corrieran peligro la protección de la seguridad y el orden públicos o la salud de la población. Por regla general, es el propio Estado que deniega la entrada quien decide si los motivos para excluir a los extranjeros son razonables, a menos que las partes en el tratado hayan aceptado dirimir la cuestión mediante arbitraje. Las convenciones por las que se constituyen organizaciones internacionales también pueden conferir a los extranjeros el derecho a entrar libremente en los territorios de los miembros de la organización, como en el caso de la Comunidad Económica Europea. Los miembros de la Comunidad tienen la obligación de garantizar a los nacionales de los Estados miembros la libertad de circulación para buscar empleo y

medida, en el Commonwealth) y para establecer una zona común en la que supriman los controles de pasaportes e inmigración en sus fronteras internas (como en el caso de los países nórdicos y el Benelux). Aún cuando un tratado no imponga directamente a un Estado la obligación de permitir la entrada a los extranjeros, puede (particularmente en la esfera de los derechos humanos) imponerle dicha obligación, de modo indirecto por ejemplo, cuando la denegación de la entrada a un extranjero cuya familia ya estuviera en el Estado constituyera un incumplimiento de una obligación convencional de respetar la vida familiar”. Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, págs. 898 y 899 (en referencia a, entre otros, el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, 1957; el Protocolo concluido el 22 de mayo de 1954 entre Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia (UNTS, 199, pág. 29) (Islandia se adhirió 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, 1957 (UNTS, 322, pág. 245) (Islandia se hizo parte con efectos a partir de 1966), modificado por un acuerdo ulterior en 1979: RG, 84 (1980), pág. 376; y el Convenio entre Bélgica, los Países Bajos y Luxemburgo relativo a la transferencia del control de quienes atraviesan las fronteras externas del territorio del Benelux, 1960 (UNTS, 374, pág. 3)).

<sup>1245</sup> “Las disposiciones de los tratados de amistad, comercio y navegación relativas a la admisión de extranjeros están sujetas a diversas condiciones relacionadas con ‘el orden público, las buenas costumbres y la salud y la seguridad públicas’”. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, pág. 498 (citando un tratado entre los Estados Unidos e Italia de 1948). “Cuando existan tratados específicos, por ejemplo, acuerdos de establecimiento o un marco jurídico especial como el derecho de la Comunidad Económica Europea, se podrá estipular que un Estado tiene la obligación, ilimitada o sujeta a condiciones, de admitir a los ciudadanos de cada parte contratante o Estado miembro”. Rainer Arnold, “Aliens”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 102 a 107, en especial pág. 104.



realizar actividades económicas. Pero esos tratados también contemplan algunas restricciones dado que contienen cláusulas especiales que los Estados pueden invocar si corren peligro determinados intereses esenciales para ellos. De conformidad con lo dispuesto en el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es competente para decidir en última instancia y con carácter vinculante si dichas cláusulas de excepción se han aplicado de manera arbitraria. La decisión de si las obligaciones contraídas en virtud de un tratado dan lugar a un derecho individual a entrar en un territorio extranjero o si la obligación sólo existe entre las partes en el tratado, dependerá de las circunstancias. Por lo general, la obligación sólo afecta a los Estados; la normativa de la Comunidad Europea que reconoce derechos a los individuos es una excepción, ya que el Tribunal Europeo ha declarado que las correspondientes disposiciones son directamente aplicables. Si bien en el derecho convencional no existe una prohibición general de la discriminación, tal prohibición puede establecerse de forma expresa. En caso contrario, la libertad de celebrar tratados entraña el derecho de un Estado a admitir sólo a determinados extranjeros en ejercicio de su discreción.”<sup>1246</sup>

521. En los artículos 39 y 43 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se dispone lo siguiente:

“Artículo 39

1. Quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad.

2. La 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.

3. Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho:

a) De responder a ofertas efectivas de trabajo;

b) De desplazarse libremente para este fin 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.

4. Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la administración pública.”

[...]

<sup>1246</sup> Karl Doehring, “Aliens, Admission”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 107 a 109, en especial págs. 108 y 109.

## Artículo 43

“En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.

La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el segundo párrafo del artículo 48, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales.”<sup>1247</sup>

522. En el Convenio entre Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia relativo a la supresión del control de pasaportes en las fronteras entre los países nórdicos, aprobado en 1957, se prevé la supresión del control de pasaportes en sus fronteras en los casos relacionados con la expulsión de sus respectivos nacionales en los términos que a continuación se indican:

“Artículo 9 – Un Estado Contratante no permitirá la entrada sin un permiso especial a un extranjero que haya sido expulsado (*utvisad*) 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.

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 (*utvisad*) se aplicarán también a los extranjeros que, con arreglo a la legislación finlandesa o sueca, hayan sido rechazados o

<sup>1247</sup> Versión consolidada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C 325, 24 de diciembre de 2002, párrs. 39 y 43.

expulsados de conformidad con lo dispuesto en dicha legislación (*förvisning o förpassning*), sin un permiso especial para retornar.”<sup>1248</sup>

**f) Estados que prestan su consentimiento y otros Estados**

523. La legislación nacional de algunos Estados 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 Estado<sup>1249</sup>, a un Estado que lo acepte o a uno en que el extranjero tenga derecho a entrar<sup>1250</sup>. Un Estado puede ofrecer dicho destino cuando el extranjero pueda ser perseguido en el Estado de destino original<sup>1251</sup>, o cuando éste tenga la condición de protegido en el Estado expulsor y el Estado de destino original haya denegado su solicitud de asilo<sup>1252</sup>. Un Estado puede determinar este destino como opción principal alternativa<sup>1253</sup>, opción secundaria alternativa<sup>1254</sup> o como opción de último recurso<sup>1255</sup>.

524. El Estado expulsor puede enviar al extranjero a cualquier Estado que acepte acogerlo. El Estado de acogida puede consentir en recibir al extranjero en determinados casos. Dicho consentimiento puede estar sujeto a limitaciones como la reserva del derecho del Estado de acogida a devolver al extranjero al Estado que lo ha expulsado<sup>1256</sup>.

525. 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, integridad territorial 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<sup>1257</sup>. Por tanto, un

<sup>1248</sup> 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, *Treaty Series*, vol. 322, No. 4660, págs. 282 a 293, en especial pág. 290.

<sup>1249</sup> Canadá, Ley de 2001, artículo 115 3); Suecia, Ley No. 529 de 1989, capítulo 8, artículo 5; y Suiza, Reglamento de 1999, artículo 9.

<sup>1250</sup> Brasil, Ley de 1980, artículo 57; Guatemala, Decreto Ley de 1986, artículo 88; Honduras, Ley de 2003, artículo 3 23); Kenya, Ley de 1967, artículo 8 2) a); Lituania, Ley de 2004, artículo 129 1); Nigeria, Ley de 1963, artículo 22 1); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 59; Paraguay, Ley de 1996, artículo 78; Portugal, Decreto Ley de 1998, artículos 21 1) y 104 3), y Estados Unidos, INA, artículos 241 b) 1) C) iv), 2) E) vii) y 507 b) 2) B).

<sup>1251</sup> Belarús, Ley de 1998, artículo 33; y Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 104 3).

<sup>1252</sup> Canadá, Ley de 2001, artículo 115 3).

<sup>1253</sup> Brasil, Ley de 1980, artículo 57; Guatemala, Decreto Ley de 1986, artículo 88; Honduras, Ley de 2003, artículo 3 23); Kenya, Ley de 1967, artículo 8 2) a); Lituania, Ley de 2004, artículo 129 1); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 59; Paraguay, Ley de 1996, artículo 78; y Suiza, Reglamento de 1999, artículo 9. Un Estado puede: 1) requerir el consentimiento del extranjero para devolverlo al Estado de destino elegido (Kenya, Ley de 1967, artículo 8 2) a)); 2) dejar la elección a criterio del Ministro competente (Nigeria, Ley de 1963, artículo 22 1); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 59; y Paraguay, Ley de 1996, artículo 78); o 3) no especificar a quién corresponde la elección (Brasil, Ley de 1980, artículo 57; Guatemala, Decreto Ley de 1986, artículo 88; Honduras, Ley de 2003, artículo 3 23); Lituania, Ley de 2004, artículo 129 1); y Suiza, Reglamento de 1999, artículo 9).

<sup>1254</sup> Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 21 1), en el que no se especifica a quien corresponde la elección.

<sup>1255</sup> Canadá, Ley de 2001, artículo 115 3); Suecia, Ley de 1989, capítulo 8, artículo 5; y Estados Unidos, INA, artículo 241 b) 1) C) iv), 2) E) vii).

<sup>1256</sup> “Dado que un Estado no tiene por qué admitir extranjeros, puede acceder a ello sólo si se cumplen determinadas condiciones”. Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, pág. 899 (se omite la cita).

<sup>1257</sup> “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

Estado no está obligado a admitir extranjeros en su territorio a menos que haya contraído obligaciones al respecto en virtud de ciertos tratados<sup>1258</sup>, como los relativos a los derechos humanos o la integración económica<sup>1259</sup>.

526. 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 sobre Asilo Territorial:

“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.”<sup>1260</sup>

527. La Convención interamericana sobre condiciones de los extranjeros reconoce que todos los Estados tienen el derecho de establecer las condiciones de entrada de los extranjeros en sus territorios<sup>1261</sup>.

528. El derecho de un Estado a decidir si admite extranjeros también ha sido reconocido en la jurisprudencia internacional.

529. En el caso *Ben Tillett*, el Tribunal de Arbitraje reconoció expresamente el derecho que asiste a un Estado de denegar la entrada a un extranjero que, sobre la

---

es competente para excluir a los extranjeros de todo su territorio o de parte de él”. *Ibid.*, págs. 897 y 898 (se omiten las citas).

<sup>1258</sup> “Ningún Estado tiene la obligación de admitir extranjeros en su territorio. El Estado puede prohibir la entrada de extranjeros en su territorio o aceptarlos sólo en los casos y con las condiciones que considere oportuno establecer (*Ekiu v. U.S.*, 142 U.S. 651 (1892); véase Vattel, *Le Droit des gens*, 1758, liv. ii, sect. 94)”. Shigeru Oda, “Legal Status of Aliens”, en Max Sørensen (dir.), *Manual of Public International Law*, Nueva York, St. Martin’s Press, 1968, págs. 481 a 495, en especial pág. 481. “En principio esta es una cuestión de carácter interno: un Estado puede decidir que no admite extranjeros o establecer condiciones para su admisión”. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, pág. 498 (se omite la cita). “A menos que haya contraído obligaciones en virtud de tratados, un Estado no tiene la obligación de admitir extranjeros en su territorio. Si los admite, puede hacerlo con arreglo a los términos y las condiciones que considere se ajustan a sus intereses nacionales. Asimismo, un Estado puede deportar de su territorio a aquellos extranjeros cuya presencia considere indeseable. Se trata de decisiones que se adoptan en ejercicio de la soberanía”. Green Haywood Hackworth, *Digest of International Law*, vol. III, capítulos IX a XI, Washington, Government Printing Office, 1942, pág. 717. Véase también Hurst Hannum, *The Right to Leave and Return in International Law and Practice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, pág. 61. “Con arreglo al derecho internacional general ningún Estado está obligado a admitir extranjeros en su territorio”. Hans Kelsen, *Principles of International Law* (revisado y editado por Robert W. Tucker), 2ª ed., Holt, Rinehart and Winston, Inc., 1966, pág. 366. “El derecho de todo Estado a regular la entrada de extranjeros en su territorio es un atributo de su soberanía. Al igual que otros derechos de los Estados, éste está limitado por el derecho internacional. Un Estado está facultado para admitir a una persona en su territorio o denegar dicha admisión, siempre que su legislación y normativa sobre la materia se ajuste al derecho internacional consuetudinario y a los acuerdos internacionales”. Sohn, pág. 46.

<sup>1259</sup> “El hecho de que los Estados son libres para controlar la entrada y la residencia de extranjeros en su territorio es un principio arraigado del derecho internacional consuetudinario. La ausencia de una obligación de admitir extranjeros conforme al derecho internacional clásico se apoya en la práctica de la mayoría de los Estados y en las leyes nacionales de inmigración y encuentra su origen en el principio de soberanía o supremacía territorial. Sin embargo, esta libertad cada vez está más limitada por el derecho internacional contemporáneo, en particular por tratados y principios de derecho internacional general en la esfera de los derechos humanos y la integración económica”. Hélène Lambert, véase la nota 83 *supra*, pág. 11 (se omiten las citas).

<sup>1260</sup> Convención sobre Asilo Territorial, Caracas, 28 de marzo de 1954, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1438, No. 24378, pág. 127.

<sup>1261</sup> 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”.

base de una apreciación soberana de los hechos, parezca representar 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.”<sup>1262</sup>

530. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado 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.”<sup>1263</sup>

531. 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.”<sup>1264</sup>

532. En 1906, en *Att.-Gen. for Canada v. Cain*, el Comité Judicial del Consejo Privado 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

<sup>1262</sup> *Affaire Ben Tillett (Grande-Bretagne/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*, Deuxième série, Tome XXIX, Leipzig, Librairie Dieterich Theodor Weicher, 1903, págs. 244 a 273, en especial pág. 269.

<sup>1263</sup> *Case of Moustaquim v. Belgium*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 18 de febrero de 1991, demanda 12313/86, párr. 43. Véase también *Case of Vilvarajah and others v. United Kingdom*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia (sobre el fondo), 30 de octubre de 1991, demandas 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 y 13448/87, párr. 102; *Case of Chahal v. United Kingdom*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 15 de noviembre de 1996, demanda 22414/93, párr. 73; *Case of Ahmed v. Austria*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 17 de diciembre de 1996, demanda 25964/94, párr. 38; *Case of Bouchelkia v. France*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia (sobre el fondo), 29 de enero de 1997, demanda 23078/93, párr. 48; y *Case of H.L.R. v. France*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia (sobre el fondo), 29 de abril de 1997, demanda 24573/94, párr. 33.

<sup>1264</sup> *Nishimura Ekiu v. United States et al.*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 18 de enero de 1892, 142 U.S. 651 (se omite la cita). Véase también *Chae 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”).

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.”<sup>1265</sup>

### 3. Limitaciones de la expulsión de extranjeros a determinados Estados

#### a) El principio de no devolución

533. El principio de *no devolución* se reconoció en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, aprobada a raíz de las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial<sup>1266</sup>. En virtud de este principio está prohibida la expulsión o devolución de refugiados a Estados donde su vida o su libertad estarían amenazadas como consecuencia de persecución por determinados motivos. Puede considerarse que “*no devolución*” es una expresión técnica que se aplica únicamente a los refugiados, por lo que, en sentido estricto, cabe imponer dos limitaciones al principio. En primer lugar, sólo se aplicaría a una categoría particular de extranjeros, los refugiados<sup>1267</sup>. En segundo lugar, el principio sólo prohibiría la expulsión o *devolución* en caso de que la vida o la libertad de la persona corrieran peligro como consecuencia de persecución por determinados motivos<sup>1268</sup>.

534. Existen opiniones diversas sobre la medida en que se ha ampliado la aplicación del principio de *no devolución* como consecuencia de consideraciones de carácter humanitario o de normas de derechos humanos<sup>1269</sup>. Esta cuestión ha recibido el siguiente examen pormenorizado:

“Aunque los requisitos formales de la *no devolución* pueden limitarse a los refugiados amparados por la Convención, el *principio de refugio* forma parte del derecho internacional general. Este principio abarca a quienes tengan temores fundados a ser perseguidos o corran un riesgo apreciable de ser torturados, así como a quienes estén expuestos a otros ‘perjuicios conexos’. La protección limitada dimanará de condiciones objetivas siempre que los hechos señalen que quienes se ven obligados a huir por *razones válidas*, como la guerra, la violencia, un conflicto, violaciones de los derechos humanos u otros trastornos graves del orden público, están expuestos a un perjuicio grave.

<sup>1265</sup> [1906] A.C. 542, en especial pág. 546.

<sup>1266</sup> Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, Ginebra, 28 de julio de 1951, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 189, No. 2545, pág. 150, artículo 33.

<sup>1267</sup> Se entiende en general por refugiado a un extranjero que tenga temores fundados de ser víctima de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social u opiniones políticas y no pueda o no quiera acogerse a la protección del Estado de su nacionalidad. El significado de la expresión “refugiado” se analiza en la parte IV.A.6.

<sup>1268</sup> En la parte X.E.2 b) a e) se estudia el principio de *no devolución* en relación con los refugiados.

<sup>1269</sup> “Al margen de que una persona tenga o no el estatuto de refugiado, parece que, de conformidad con el derecho internacional, del requisito de proteger la vida del individuo y su seguridad personal dimana una restricción por lo que se refiere a su devolución (así como a su expulsión). Así, no deberá procederse a la repatriación si ésta pone en peligro estos valores fundamentales, como, por ejemplo, negando el ataque a una embarcación que no está en condiciones de navegar”, Giorgio Gaja, véase la nota 28 *supra*. Véanse asimismo Brian Gorligk, “The Convention and the Committee against Torture: A Complementary Protection Regime for Refugees”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 11, 1999, págs. 479 a 495; Kay Hailbronner, “Non-Refoulement and ‘Humanitarian’ Refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking?”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 26, 1985-1986, págs. 857 a 896, y Deborah Perluss y J. F. Hartman, “Temporary Refuge: Emergence of a Customary Norm”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 26, 1985-1986, págs. 551 a 626.

La situación de necesidad deviene jurídicamente pertinente cuando se verifican de forma objetiva pruebas que confirman las causas de la huida y las circunstancias del peligro que corren determinados grupos o personas. Esta base fáctica fundamental hace innecesaria la investigación individualizada de los casos de persecución o perjuicio. Al mismo tiempo, en el marco del principio de refugio se protegen los intereses de la comunidad de acogida en virtud de la exclusión, por ejemplo, de personas que han perseguido a otras, que han cometido delitos graves o suponen amenazas al *orden público* o que, según ellas mismas han reconocido, actúan movidas por una conveniencia de carácter exclusivamente personal.

La combinación de principios jurídicos con otros de carácter humanitario impone notables limitaciones a la repatriación de personas a países en los que pueden ser objeto de tratos inhumanos o degradantes o donde su readmisión es incierta y su seguridad precaria. No obstante la retórica desplegada y las recientes excepciones, en particular en Europa con respecto a solicitantes de asilo procedentes de países situados fuera de la región, como el Irán y Sri Lanka, la práctica indica que hay un consenso bastante extendido en el sentido de que no debe procederse a la devolución cuando ésta comporte un peligro para quienes han salido de su país huyendo de perturbaciones internas o conflictos armados graves. Lo que se debate es en tal caso, si están en juego obligaciones jurídicas internacionales y, la medida en que lo están.

A pesar de las preocupaciones de los Estados y de diversas excepciones registradas en los últimos años, la práctica de casi cuatro decenios reconoce en forma amplia la necesidad de prestar atención humanitaria a los refugiados que no están amparados por la Convención de 1951. Puede que ni siquiera a escala regional sea tan fácil determinar si la práctica ha sido suficientemente sistemática desde el punto de vista histórico y si ha ido acompañada de la *opinio juris* que se precisa para conformar una norma consuetudinaria en materia de refugio.

Un enfoque rigurosamente normativo estará en parte mal planteado, pues, entre otras, las obligaciones jurídicas internacionales derivadas de tratados de derechos humanos han influido claramente en la práctica y limitado la libertad de acción de los Estados. Entretanto, las propias obligaciones han evolucionado, aunque lo que se perfila en el momento actual es una relación incompleta de derechos y obligaciones. La responsabilidad principal de proteger los derechos humanos recae en el Estado territorial; ningún otro Estado asume automáticamente esa responsabilidad ni la comparte por el hecho de trasladar a un nacional a su propio país. Sin embargo, en la medida en que la actuación de un Estado vuelva a exponer por la fuerza a una persona a un peligro de violación de sus derechos fundamentales, su responsabilidad derivará de las obligaciones, no correspondiéndose estrictamente con ningún ‘derecho’ individual. Todavía queda por precisar las consecuencias de este principio en lo que respecta a las políticas, las prácticas, el comportamiento de los Estados y la responsabilidad internacional, sobre todo en cuanto a la relación de los Estados con el ACNUR y su función institucional.”<sup>1270</sup>

---

<sup>1270</sup> Guy S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, 2ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1996, págs. 170 y 171 (se omite la cita, en cursiva en el original).

**b) La prohibición de expulsión a determinados Estados con arreglo a las normas de derechos humanos**

535. Parece reconocerse cada vez más la obligación de no expulsar a una persona a un Estado en el que correría peligro de ser sometida a violaciones graves de sus derechos humanos, como la tortura, por ejemplo<sup>1271</sup>. Esta evolución se ha analizado como sigue:

“Desde entonces, han surgido obligaciones de no devolución comparables con arreglo a otros regímenes de tratados. Por ejemplo, la Convención contra la Tortura prohíbe la devolución de una persona ‘cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura’. El artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que prohíbe la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes, se ha interpretado desde hace tiempo en el sentido de que prohíbe la devolución a otro país si en él existe un ‘riesgo real’ de tortura o de tratos inhumanos. Disposiciones comparables de otros tratados de derechos humanos empiezan a interpretarse en el sentido de que imponen obligaciones de no devolución semejantes. Sin embargo, sigue sin estar claro el alcance de esa obligación.

<sup>1271</sup> “Cuando el proceso mismo de expulsión implique conculcar de los derechos humanos cabrá considerar que, aunque esté razonablemente justificada, la expulsión en sí contraviene el derecho internacional. Todo Estado que expulse a un extranjero a un país donde es probable que se produzca una violación de ese tipo cometerá una violación del derecho internacional”, Rainer Arnold, “Aliens”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 102 a 107, en especial pág. 104. “La expulsión de una persona y su deportación a un Estado en el que corra peligro de ser perseguida de forma inhumana también podrán suponer una violación de los derechos humanos, pudiendo ser lícitas sólo en caso de que el gobierno que procedió a la expulsión no tuviera a su disposición otros medios de protección de la seguridad del Estado. Esa restricción suele estar prevista incluso en los tratados especiales que prohíben la exposición de un extranjero a persecución política dirigida por un gobierno extranjero (por ejemplo, el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados)”, Karl Doehring, “Aliens, Expulsion and Deportation”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, 1992, págs. 109 a 112, en especial pág. 111. “Mientras que el principio de *no devolución* se aplica únicamente a los refugiados que puedan ser perseguidos en su país de origen por motivos de raza, religión u otras circunstancias especiales y prohíbe su deportación a ese país, pueden derivarse restricciones semejantes de las normas internacionales de derechos humanos. Ningún Estado deberá deportar a una persona a otro Estado en el que es probable que su vida o su libertad corran peligro. Esa manera de proceder no sería distinta de enviar a alguien en una embarcación a una zona infestada de tiburones y tirarlo al mar de un empujón. Una y otra acción violarían patentemente principios humanitarios básicos”, Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, págs. 89 y 90 (se omite la cita). “La expulsión y la deportación violan garantías de los derechos humanos cuando el Estado que expulsa es plenamente consciente del hecho de que el expulsado corre un riesgo gravísimo de sufrir tortura en el país a cuyo territorio es enviado. Ya en el asunto *Amekrane* de 1973 la Comisión Europea de Derechos Humanos reconoció este concepto en el marco de la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos. Posteriormente el concepto sirvió de base a una cuantiosa jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, de conformidad con el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, reconoce el derecho a la protección contra la devolución inhumana. A escala universal, el principio se ha incorporado como garantía concreta de derechos humanos en el párrafo 1 del artículo 3 de la Convención contra la Tortura de 1984 ...”, Walter Kälin, véase la nota 277 *supra*, pág. 154 (en relación con la sentencia No. 5961/72, *Amekrane v. United Kingdom*, *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 1973, pág. 357). Véase asimismo Giorgio Malinverni, “I Limiti all’Espulsione Secondo la Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo”, en Francesco Salerno (ed.), *Diritti Dell’Uomo, Estradizione ed Espulsione*, CEDAM, Padua, Italia, 2003, págs. 165 a 182.



La práctica de los Estados obedece también a decisiones nacionales de evitar la expulsión de personas (no comprendidas en la definición de refugiado de la Convención de 1951) a países donde se libra un conflicto armado grave, recurriendo a menudo para ello a algún tipo de ‘protección temporal’. Pero la práctica varía, y sigue debatiéndose si la mayoría de los Estados implicados consideran esta abstención una obligación jurídica o, por el contrario, un uso apropiado de sus facultades discrecionales.”<sup>1272</sup>.

i) *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*

536. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no establece expresamente la obligación de no devolver a una persona a un país en el que correría peligro de violación de sus derechos humanos. No obstante, el Comité de Derechos Humanos ha interpretado que el Pacto comporta esa obligación.

537. En su Observación general No. 31 el Comité de Derechos Humanos indicó que los Estados Partes en el Pacto estaban obligados a abstenerse de transferir a una persona mediante expulsión, extradición<sup>1273</sup> u otro método a un Estado en el cual la persona correría un riesgo de ‘daño irreparable’ o del cual se la transfiriera a otro país en el que corriera el mismo riesgo.

“La obligación del artículo 2 que exige que los Estados Partes respeten y garanticen los derechos del Pacto a todas las personas que se encuentren en su territorio y a todas las personas sujetas a su jurisdicción entraña la obligación de no extraditar, deportar, expulsar o retirar de otro modo a una persona de su territorio cuando existan razones fundadas para creer que existe un riesgo real de provocar un daño irreparable, como el previsto por los artículos 6 y 7 del Pacto<sup>1274</sup>, sea en el país al que se va a

<sup>1272</sup> David A. Martin, “The Authority and Responsibility of States”, en Alexander T. Aleinikoff y V. Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003, págs. 31 a 45, cita en las páginas 37 y 38 (se omite la cita) (en referencia al artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 10 de diciembre de 1984, 1468, Naciones Unidas, *Treaty Series*, 85).

<sup>1273</sup> En lo que respecta a la extradición, véase la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, Cartagena de Indias (Colombia), 9 de diciembre de 1985, *International Legal Materials*, vol. 25, 1986, pág. 519, artículo 13, párr. 4: “No se concederá la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometida a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o ad hoc en el Estado requirente”.

<sup>1274</sup> El texto del artículo 6 del Pacto es el siguiente:

“1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente.

3. Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

4. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena de muerte. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos.

5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

trasladar a la persona o en cualquier otro país al que la persona sea trasladada posteriormente.”<sup>1275</sup>

538. En su Observación general No. 20 el Comité de Derechos Humanos enunció el mismo principio en relación con la prohibición de las torturas y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes enunciada en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

“A juicio del Comité, los Estados Partes no deben exponer a las personas al peligro de ser sometidas a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes al regresar a otro país tras la extradición, la expulsión o la devolución. Los Estados Partes deberán indicar en sus informes las medidas que hayan adoptado con tal fin.”<sup>1276</sup>

539. En el caso *Kindler c. el Canadá* se encomendó al Comité de Derechos Humanos que determinara si el Canadá había infringido el párrafo 1 del artículo 6 del Pacto Internacional, relativo al derecho a la vida, al extraditar a una persona a los Estados Unidos, donde se le podría imponer la pena de muerte. Aunque se trataba de un caso de extradición, parece que el examen por el Comité de la obligación de no devolución es igualmente aplicable a la expulsión.<sup>1277</sup>

“Si un Estado Parte adopta una decisión relativa a una persona dentro de su jurisdicción, y la consecuencia necesaria y previsible es que los derechos de esa persona conforme al Pacto serán violados en otra jurisdicción, el propio Estado Parte puede incurrir en una violación del Pacto.”<sup>1278</sup>

---

6. Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital.”

En el artículo 7 se lee:

“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.”

- <sup>1275</sup> Comité de Derechos Humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), Observación general No. 31: La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, 29 de marzo de 2004, párr. 12.
- <sup>1276</sup> Comité de Derechos Humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), Observación general No. 20: Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 10 de marzo de 1992, párr. 9.
- <sup>1277</sup> “Aunque las primeras decisiones adoptadas desde la perspectiva que se analiza tanto por el Tribunal Europeo como por el Comité de Derechos Humanos se referían a casos de extradición, está clara la analogía al respecto entre extradición y expulsión, a menos que la persona que se va a expulsar tenga la oportunidad de elegir el país de destino. Los casos más recientes de posibles infracciones de derechos humanos en el Estado de destino se refieren más a expulsiones que a extradiciones”, Giorgio Gaja, véase la nota 28 *supra*, págs. 301 y 302 (en relación con *Soering*, sentencia de 7 de julio de 1989, *Publications of the European Court of Human Rights*, Serie A, vol. 161, págs. 35, 36, 44 y 45 (párrs. 91 y 111); Comité de Derechos Humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), *Kindler c. el Canadá*, dictamen aprobado el 30 de julio de 1993. Comunicación No. 470/1991, I *International Human Rights Reports* (1994) 2-98, 101 (párrs. 6.2 y 14); y Comité de Derechos Humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), *Ng c. el Canadá*, dictamen aprobado el 5 de noviembre de 1993, Comunicación No. 469/1991, I *International Human Rights Reports* (1994), págs. 2 a 161 (párr. 16).
- <sup>1278</sup> Comité de Derechos Humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), *Kindler c. el Canadá*, dictamen aprobado el 30 de julio de 1993, Comunicación No. 470/1991. *International Human Rights Reports* (1994), págs. 2 a 98 y 101, párr. 6.2. En el caso *Kindler c. el Canadá* el Comité llegó a la conclusión de que no se había infringido el derecho a la vida de conformidad con el párrafo 1 del artículo 6 del Pacto Internacional. En un caso semejante, *Ng c. el Canadá*, el Comité llegó a la conclusión de que la extradición infringía la prohibición

ii) *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*

1) *La prohibición de expulsión a determinados Estados*

540. La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Convención contra la Tortura) prohíbe expresamente la expulsión de una persona a un Estado donde corra peligro de ser torturada. En el artículo 3 se dispone lo siguiente:

“1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.

2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.”<sup>1279</sup>

2) *Comité contra la Tortura*

541. El Comité contra la Tortura constituido con arreglo a la Convención ha examinado diversas comunicaciones en las que se alegaba que la expulsión de extranjeros a determinados Estados era contraria al artículo 3<sup>1280</sup>. En algunos casos el Comité determinó que la expulsión del extranjero violaría esa prohibición, por lo cual el Estado Parte estaba obligado a abstenerse de expulsarlo, como, por ejemplo, en *Mutombo c. Suiza*<sup>1281</sup>, *Khan c. el Canadá*<sup>1282</sup>, *Kisoki c. Suecia*<sup>1283</sup>, *Tala c. Suecia*<sup>1284</sup>, *Páez c. Suecia*<sup>1285</sup>, *Aemei c. Suiza*<sup>1286</sup>,

de las penas inhumanas o degradantes de conformidad con el artículo 7 del Pacto Internacional por la manera en que se habría aplicado la pena de muerte. Caso *Ng c. el Canadá*, dictamen aprobado el 5 de noviembre de 1993, Comunicación No. 469/1991, *International Human Rights Reports* (1994), págs. 2 a 161.

<sup>1279</sup> Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Nueva York, 10 de diciembre de 1984, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1465, No. 24841, pág. 113.

<sup>1280</sup> Véanse, en particular, los artículos 17 y 22.

<sup>1281</sup> Comunicación No. 13/1993, 27 de abril de 1994.

<sup>1282</sup> Comunicación No. 15/1994, 15 de noviembre de 1994. El Comité dictaminó que Khan había sido torturado antes y que los activistas políticos como él correrían peligro de verse sometidos a torturas. “El Comité considera, sin embargo, que, aunque pueda haber dudas acerca de los hechos alegados por el autor, debe procurar que no se ponga en peligro su seguridad. El Comité toma nota de que existen pruebas de que tanto disidentes políticos como detenidos comunes son con frecuencia víctimas de tortura en el Pakistán”. Comunicación No. 15/1994, párr. 12.3.

<sup>1283</sup> Comunicación No. 41/1996, 8 de mayo de 1996.

<sup>1284</sup> Comunicación No. 43/1996, 15 de noviembre de 1996. El Comité examinó la afiliación y las actividades políticas de Tala y su historial de detención y tortura, así como la grave situación de los derechos humanos imperante en el Irán. Comunicación No. 43/1996, párrs. 10.3 y 10.4. El Comité distinguió además entre la ley del Estado Parte y su aplicación al caso en cuestión. Comunicación No. 43/1996, párr. 10.2.

<sup>1285</sup> Comunicación No. 39/1996, 28 de abril de 1997.

<sup>1286</sup> Comunicación No. 34/1995, 9 de mayo de 1997. El Comité señaló el carácter declaratorio de su dictamen sobre la violación del artículo 3 de la Convención y sugirió al Estado Parte que buscara soluciones de carácter jurídico o político. “El hecho de que el Comité dictamine la existencia de una violación del artículo 3 de la Convención no afecta en modo alguno a la decisión o decisiones de las autoridades nacionales competentes sobre la concesión o la denegación del asilo. El dictamen sobre la existencia de una violación del artículo 3 de la Convención tiene *carácter declaratorio*. Por consiguiente, el Estado Parte no está obligado a modificar su decisión o decisiones sobre la concesión de asilo; le corresponde, en cambio,

*A. F. c. Suecia*<sup>1287</sup>, *Ayas c. Suecia*<sup>1288</sup>, *Korban c. Suecia*<sup>1289</sup>, *Haydın c. Suecia*<sup>1290</sup>, *Elmi c. Australia*<sup>1291</sup>, *A. S. c. Suecia*<sup>1292</sup>, *Karoui c. Suecia*<sup>1293</sup>, *Sra. T. A. c. Suecia*<sup>1294</sup>, *Dadar c. el Canadá*<sup>1295</sup>, y *Ríos c. México*<sup>1296</sup>. En otros casos el Comité contra la Tortura dictaminó que la expulsión de un extranjero, ya llevada a cabo, violaba el artículo 3, como, por ejemplo, en *Arana c. Francia*<sup>1297</sup>,

buscar soluciones que le permitan adoptar todas las medidas del caso para atenerse a las disposiciones del artículo 3 de la Convención. Estas soluciones podrían ser de naturaleza no sólo jurídica (por ejemplo, la decisión de admitir provisionalmente al solicitante) sino también política (por ejemplo, la búsqueda de un tercer Estado dispuesto a acoger al solicitante en su territorio, comprometiéndose a no devolverlo ni expulsarlo)". Comunicación No. 34/1995, párr. 11 (sin cursiva en el original).

<sup>1287</sup> Comunicación No. 89/1997, 3 de septiembre de 1997. El Comité, tras tener en cuenta los antecedentes familiares del autor, sus actividades políticas y su afiliación, sus antecedentes de encarcelamiento y tortura y la gravedad de la situación de los derechos humanos imperante en la República Islámica del Irán, llegó a la conclusión de que la expulsión violaba el artículo 3. Comunicación No. 89/1997, párrs. 6.5 y 6.6.

<sup>1288</sup> Comunicación No. 97/1997, 12 de noviembre de 1998. "Dadas las circunstancias, el Comité considera que, habida cuenta de la situación de derechos humanos en Turquía, la afiliación política del autor y sus actividades dentro del PKK, así como su relato sobre su detención y torturas, constituyen razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser detenido y sometido a tortura si fuese devuelto a Turquía. A la luz de lo antedicho, el Comité opina que, de conformidad con el artículo 3 de la Convención, el Estado Parte debe abstenerse de devolverlo por la fuerza a Turquía o a cualquier otro país en el que esté en peligro real de ser expulsado o devuelto a Turquía". Comunicación No. 97/1997, párrs. 6.6 y 7.

<sup>1289</sup> Comunicación No. 88/1997, 16 de noviembre de 1998.

<sup>1290</sup> Comunicación No. 101/1997, 20 de noviembre de 1998. "En el caso del autor, el Comité considera que los antecedentes familiares del autor, sus actividades políticas y su afiliación al PKK, sus antecedentes de detenciones y torturas, así como las indicaciones de que el autor es buscado en la actualidad por las autoridades turcas, deben tenerse en cuenta para determinar si estaría en peligro de ser sometido a tortura a su regreso al país. En tales circunstancias, el Comité considera que existen razones fundadas para creer que el autor estaría en peligro de ser sometido a tortura si vuelve a Turquía. A la luz de lo expuesto, el Comité opina que el Estado Parte tiene la obligación de abstenerse de devolver por la fuerza al autor a Turquía, o a cualquier otro país en que estuviera en peligro real de ser expulsado o devuelto a Turquía". Comunicación No. 101/1997, párrs. 6.7 a 6.9.

<sup>1291</sup> Comunicación No. 120/1998, 14 de mayo de 1999.

<sup>1292</sup> Comunicación No. 149/1999, 6 de noviembre de 1999. "También se observa que la autora afirma que fue obligada a contraer un matrimonio *sighe* o *mutah* y que cometió adulterio, por lo que se la condenó a morir lapidada. [...] El Comité toma nota de los informes, entre otros, del Representante Especial de la Comisión de Derechos Humanos encargado de examinar la situación de los derechos humanos en [la República Islámica d]el Irán (E/CN.4/2000/35), de 18 de enero de 2000, que indica que, si bien se están haciendo grandes progresos en lo que respecta a la situación de la mujer en sectores como la educación y la formación, 'se avanza poco respecto de las barreras sistémicas que subsisten a la igualdad' y de 'la eliminación de actitudes patriarcales en la sociedad'. También se toma nota de que este informe y muchos otros de organizaciones no gubernamentales confirman que en los últimos tiempos se ha condenado a muchas mujeres a morir lapidadas por adulterio". Comunicación No. 149/1999, párrs. 8.4 y 8.7.

<sup>1293</sup> Comunicación No. 185/2001, 8 de mayo de 2002. El Comité estudió cuestiones relacionadas con la suficiencia de las pruebas y la carga de la prueba. "Sin embargo, a la vista de la documentación sustantiva fidedigna que ha facilitado, entre la que figuran certificados médicos, una carta de apoyo de Amnistía Internacional, Suecia, y un certificado preparado por el presidente de Al-Nahdha, debe concederse al autor de la queja el beneficio de la duda ya que ha facilitado suficiente información fidedigna para que la carga de la prueba pase a la otra parte". Comunicación No. 185/2001, párr. 10.

<sup>1294</sup> Comunicación No. 226/2003, 27 de mayo de 2005.

<sup>1295</sup> Comunicación No. 258/2004, 5 de diciembre de 2005.

<sup>1296</sup> Comunicación No. 133/1999, 17 de diciembre de 2004.

<sup>1297</sup> Comunicación No. 63/1997, 9 de noviembre de 1999.

*Agiza c. Suecia*<sup>1298</sup>, y *Brada c. Francia*<sup>1299</sup>. A continuación se examinan cuestiones de procedimiento relativas a la expulsión de extranjeros que pueden plantearse a raíz de estos últimos casos<sup>1300</sup>.

3) *Consideraciones pertinentes*

542. El Comité contra la Tortura aprobó directrices relativas a la aplicación del artículo 3 en su Observación general No. 1<sup>1301</sup>. En las directrices se indica la información que puede servir para determinar si la expulsión de un extranjero a un determinado Estado se ajusta al artículo 3:

“8. Aunque no es exhaustiva, convendría presentar la siguiente información:

a) ¿Hay pruebas de que en el Estado de que se trata existe un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos? (Véase el párrafo 2 del artículo 3.)

b) ¿Ha sido en el pasado torturado o maltratado el autor por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia? De ser así, ¿se trata de hechos recientes?

c) Hay testimonios médicos u otros testimonios independientes que corroboren las alegaciones del autor de que ha sido torturado o maltratado en el pasado y ha tenido secuelas la tortura?

d) ¿Ha cambiado la situación a que se hace referencia en el inciso a)? En todo caso, ¿ha cambiado la situación interna con respecto a los derechos humanos?

e) ¿Ha participado el autor dentro o fuera del Estado de que se trata en actividades políticas o de otra índole que pudieran hacerle particularmente vulnerable al riesgo de ser sometido a tortura si se le expulsa, devuelve o extradita a ese Estado?

f) ¿Hay alguna prueba de la credibilidad del autor?

g) ¿Hay contradicciones de hecho en las alegaciones del autor? De ser así, ¿son ellas pertinentes o no?”<sup>1302</sup>

543. El Comité contra la Tortura también ha considerado si el Estado de destino es Parte en la Convención contra la Tortura y ha reconocido la competencia del Comité respecto de las comunicaciones individuales cuando se examinan casos de expulsión de conformidad con el artículo 3<sup>1303</sup>.

<sup>1298</sup> Comunicación No. 233/2003, 24 de mayo de 2005. Véase la parte VII.C.3 d).

<sup>1299</sup> Comunicación No. 195/2002, 24 de mayo de 2005. Véase la parte VII.C.3 d).

<sup>1300</sup> Véase la parte VIII.

<sup>1301</sup> Comité contra la Tortura, Observación general No. 1: Aplicación del artículo 3 en el contexto del artículo 22 de la Convención, A/53/44, anexo IX, CAT Observación general No. 01 (Observaciones generales), 21 de noviembre de 1997.

<sup>1302</sup> *Ibid.*, párr. 8.

<sup>1303</sup> Véase, por ejemplo, *Mutombo v. Suiza*, Comité contra la Tortura, Comunicación No. 13/1993, 27 de abril de 1994, y *Khan v. Canadá*, Comunicación No. 15/1994, 15 de noviembre de 1994. “El Comité contra la Tortura también ha considerado como posible fuente de riesgo el hecho de que el Estado de destino no sea parte en la Convención contra la Tortura. ... Esta circunstancia no puede considerarse decisiva como factor de riesgo por sí sola. Muchos Estados no practicaban la tortura desde años antes de que la Convención contra la Tortura entrara en vigor.

4) *Razones fundadas*

544. El Comité ha indicado que las razones fundadas para creer que existe riesgo de tortura requieren más que la pura teoría o sospecha, pero menos que una gran probabilidad de que exista el riesgo:

“6. Teniendo en cuenta que el Estado Parte y el Comité están obligados a evaluar si hay razones fundadas para creer que el autor estaría en peligro de ser sometido a tortura si se procediese a su expulsión, devolución o extradición a otro Estado, el riesgo de tortura debe fundarse en razones que vayan más allá de la pura teoría o sospecha. De todos modos, no es necesario demostrar que el riesgo es muy probable.”<sup>1304</sup>

5) *Riesgo personal de ser torturado*

545. En su Observación general No. 1 el Comité contra la Tortura indicó que la persona que se pretende expulsar debe estar en peligro de ser torturada en el Estado de destino, de la manera siguiente:

“1. La aplicación del artículo 3 se limita a los casos en que existen razones fundadas para creer que el autor estaría en peligro de ser sometido a tortura tal como se define en el artículo 1 de la Convención.”

546. En *Mutombo c. Suiza* el Comité indicó que tendrían que haber razones fundadas para creer que el individuo en cuestión estaría personalmente en peligro de ser sometido a tortura si fuera expulsado a determinado Estado:

“Con arreglo al párrafo 1 del artículo 3, el Comité debe decidir si hay razones fundadas para creer que el Sr. Mutombo estaría en peligro de ser sometido a tortura. Para llegar a esa conclusión, el Comité debe tener en cuenta todas las consideraciones pertinentes, con arreglo al párrafo 2 del artículo 3, inclusive la existencia de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos. Ahora bien, esta reflexión tiene por objeto determinar si el interesado podría personalmente ser sometido a tortura en el país al que fuera devuelto. De ello se sigue que la existencia de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos no constituye motivo suficiente en sí para afirmar que una persona puede ser sometida a tortura al regresar a ese país; deben existir motivos suplementarios para pensar que el interesado estaría personalmente en peligro. Igualmente, la inexistencia de un cuadro persistente

---

Por otro lado, el hecho de que un Estado sea Parte en la Convención no garantiza que no se vayan a infringir las obligaciones. Sólo cabe suponer que la posibilidad que tienen los particulares de dirigirse al Comité contra la Tortura, aunque sólo sea para recabar una evaluación no vinculante, contribuye en cierta medida a garantizar el cumplimiento por el Estado de las obligaciones que le impone la Convención”. Giorgio Gaja, véase la nota 28 *supra*, págs. 283 a 314, en especial pág. 304 (observaciones relativas al caso *Khan c. el Canadá*).

<sup>1304</sup> Comité contra la Tortura, véase la nota 1301 *supra*, párr. 6. Véase el caso *Mutombo c. Suiza*, en el cual el Comité estableció el requisito de que hubiera “razones fundadas para creer que el Sr. Mutombo estaría en peligro de ser sometido a tortura”, *Mutombo c. Suiza*, dictamen aprobado el 27 de abril de 1994, Comité contra la Tortura, Comunicación No. 13/1993, 1 *International Human Rights Reports I* (1994), págs. 3 a 122 y 128 (párr. 9.3). Véase asimismo *Haydin c. Suecia*, Comité contra la Tortura, Comunicación No. 101/1997, 20 de noviembre de 1998, párr. 6.5, donde el Comité recordó que “ha de existir un peligro previsible, real y personal de que el individuo sea sometido a tortura en el país al que se le devuelve” y que el requisito de la necesidad y la previsibilidad debe interpretarse atendido el párrafo 6 de la Observación general No. 1.

de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos no significa que pueda considerarse que una persona no corre el riesgo de ser sometida a tortura en su caso particular.”<sup>1305</sup>

547. El Comité llegó a la conclusión<sup>1306</sup> de que la expulsión del Sr. Mutombo al Zaire constituiría una violación del principio de no devolución, a causa, entre otras cosas, de 1) los orígenes étnicos del extranjero, sus presuntas afiliaciones políticas y sus antecedentes de detención<sup>1307</sup>; 2) el cuadro de violaciones de los derechos humanos en el Zaire<sup>1308</sup>, y 3) el hecho de que el Zaire no fuese parte en la Convención, lo cual impediría al autor gozar más adelante de la protección dispensada por el Comité<sup>1309</sup>.

548. En *Ríos c. el Canadá* el Comité contra la Tortura reiteró el requisito de peligro personal de ser sometido a tortura a efectos de que se considere una expulsión contraria al artículo 3.

<sup>1305</sup> *Mutombo c. Suiza*, dictamen aprobado el 27 de abril de 1994, Comité contra la Tortura, Comunicación No. 13/1993, 1 *International Human Rights Reports I* (1994) págs. 3 a 122, párr. 9.3. El Comité ha reiterado esta norma en ulteriores casos de expulsión. Véanse, por ejemplo, *Khan c. el Canadá*, Comité contra la Tortura, Comunicación No. 15/1994, 15 de noviembre de 1994, párr. 12.2; *Kisoki c. Suecia*, Comunicación No. 41/1996, 8 de mayo 1996, párr. 9.2; *Tala c. Suecia*, Comunicación No. 43/1996, 15 de noviembre de 1996, párr. 10.1; *Páez c. Suecia*, Comunicación No. 39/1996, 28 de abril de 1997, párr. 14.2; *Ayas c. Suecia*, Comunicación No. 97/1997, 12 de noviembre de 1998, párr. 6.3; *Korban c. Suecia*, Comunicación No. 88/1997, 16 de noviembre de 1998, párr. 6.3; *Haydin c. Suecia*, Comunicación No. 101/1997, 20 de noviembre de 1998, párr. 6.3; *A. D. c. los Países Bajos*, Comunicación No. 96/1997, 12 de noviembre de 1999, párr. 7.2., *U. S. c. Finlandia*, párr. 7.3; *Sra. T. A. c. Suecia*, Comunicación No. 226/2003, 27 de mayo de 2005, párr. 7.2; y *Sra. M. C. M. V. de F. c. Suecia*, Comunicación No. 237/2003, 12 de diciembre de 2005, párr. 6.3. En *Brada c. Francia* el Comité recordó asimismo “que, con arreglo a su Observación general No. 1 sobre el artículo 3 de la Convención, cuando se pronuncia sobre un caso determinado, da un ‘peso considerable’ a las conclusiones de las autoridades nacionales”, *Brada c. Francia*, Comunicación No. 195/2002, 24 de mayo de 2005, párr. 13.2.

<sup>1306</sup> *Mutombo c. Suiza*, dictamen aprobado el 27 de abril de 1994, Comunicación No. 13/1993, 1 *International Human Rights Reports I* (1994), págs. 3 a 122, párr. 9.7.

<sup>1307</sup> “El Comité estima que en el caso en examen hay razones fundadas para creer que el autor estaría en peligro de ser sometido a tortura. El Comité ha observado los orígenes étnicos del autor, sus presuntas afiliaciones políticas y la historia de su detención, así como el hecho, no disputado por el Estado Parte, de que parece haber desertado del ejército y salido clandestinamente del Zaire y, en su solicitud de asilo, haber invocado argumentos que pueden ser considerados difamatorios para el Zaire. El Comité considera que, en las circunstancias actuales, su devolución al Zaire tendría como *consecuencia previsible y necesaria* exponerle a un auténtico riesgo de ser encarcelado y torturado”, *ibíd.*, párr. 9.4 (sin cursiva en el original).

<sup>1308</sup> “Además, la creencia de que existen ‘razones fundadas’ en el sentido del párrafo 1 del artículo 3 se ve reforzada por ‘la existencia en el Estado de que se trata de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos’, prevista en el párrafo 2 del mismo artículo. El Comité es consciente de la gravedad de la situación de los derechos humanos en el Zaire. ... no puede sino llegar a la conclusión de que en el Zaire existe ciertamente un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos y que la situación está tal vez deteriorándose”, *ibíd.*, párr. 9.4 y 9.5.

<sup>1309</sup> “Además, el Comité estima que, habida cuenta de que el Zaire no es parte en la Convención, el autor, en caso de expulsión al Zaire, correría el riesgo no sólo de ser sometido a tortura, sino también de no tener ya la posibilidad jurídica de recurrir al Comité para su protección”, *ibíd.*, párr. 9.6. El Comité estimó también pertinente este factor en otros casos relativos a expulsiones, como, por ejemplo, *Khan c. el Canadá*, Comunicación No. 15/1994, párr. 12.5 (el Pakistán no era parte), y *Korban c. Suecia*, Comunicación No. 88/1997, 16 de noviembre de 1998, párr. 7 (Jordania era Parte en la Convención, pero no había formulado una declaración de conformidad con el artículo 22 a efectos de reconocer la competencia del Comité).

“El Comité ... subraya que en informes recientes sobre la situación de los derechos humanos en México se llega a la conclusión de que, a pesar de los esfuerzos desplegados por eliminar la tortura, se siguen denunciando numerosos casos de tortura. Sin embargo, siguiendo con el razonamiento antes expuesto, aunque fuera posible afirmar que en México aún persiste un cuadro de violaciones de los derechos humanos, ello no constituiría por sí mismo razón suficiente para determinar que el autor correría peligro de ser sometido a tortura al regresar a ese país; debe haber otras razones que induzcan a pensar que el interesado correría personalmente un peligro. [...]

El Comité toma nota también y otorga relevancia a los elementos de juicio y a los argumentos que ha presentado el autor en lo referente al peligro que personalmente corre de ser sometido a tortura: el hecho de que haya sido detenido y torturado en el pasado por ser sospechoso de tener vínculos con el EZLN, las cicatrices que sigue mostrando como resultado de los actos de tortura de los que fue víctima, que el conflicto entre el Gobierno mexicano y el movimiento zapatista aún no se ha resuelto y que algunos de sus familiares se encuentran actualmente desaparecidos. Sobre la base de todo lo antes expuesto y a la luz de la valoración que merece, el Comité considera que existe peligro de que el autor pueda volver a ser detenido y torturado a su regreso a México.”<sup>1310</sup>

6) *Peligro presente y previsible*

549. En su Observación general No.1 el Comité contra la Tortura indicó que, atendidas las condiciones imperantes en el Estado de destino en el momento de la expulsión, la persona debe correr un peligro *presente* de ser sometida a tortura.

“7. El autor debe probar que se encuentra en peligro de ser sometido a tortura, que la existencia de ese peligro es fundada, de la manera en que el Comité ha señalado, y que el peligro es personal y presente. ...”

550. En *A. D. c. los Países Bajos* el Comité contra la Tortura dictaminó que, pese a haber solicitado una prórroga de su permiso de residencia para someterse a tratamiento médico, la persona estaba expuesta a expulsión porque la orden de expulsión seguía vigente<sup>1311</sup>. El Comité indicó que el peligro de que la persona fuese sometida a tortura debía examinarse a la luz de las circunstancias concretas del caso. Llegó a la conclusión de que la expulsión del extranjero a Sri Lanka no constituiría una violación del artículo 3 en las circunstancias imperantes en esos momentos, a causa del relevo político que se producía en el Estado de destino.

“El Comité considera que las actividades del autor en Sri Lanka y su historial de detención y tortura son pertinentes para determinar si estaría en peligro de ser sometido a tortura a su regreso. ... Sin embargo, el Comité observa también que el acoso y la tortura a que fue presuntamente sometido el

<sup>1310</sup> *Ríos c. el Canadá*, Comité contra la Tortura, Comunicación No. 133/1999, 17 de diciembre de 2004, párrs. 8.3 y 8.6.

<sup>1311</sup> “El Comité toma nota de la información del Estado Parte de que el autor no está expuesto actualmente a expulsión mientras se examina su petición de prórroga de su permiso de residencia para someterse a tratamiento médico. Observando que sigue aún vigente la orden de expulsión del autor, el Comité considera que la posibilidad de que el Estado Parte conceda al autor una prórroga temporal del permiso para continuar el tratamiento médico no basta para que cumpla las obligaciones que ha contraído en virtud del artículo 3 de la Convención”, *A. D. c. los Países Bajos*, Comité contra la Tortura, Comunicación No. 96/1997, 12 de noviembre de 1999, párr. 7.3.



autor estuvieron directamente relacionados con su exposición de violaciones de los derechos humanos que tuvieron lugar mientras estuvo en el poder el anterior Gobierno de Sri Lanka. El Comité es consciente de la situación de los derechos humanos en Sri Lanka, pero considera que, dados el cambio de poder político y las circunstancias imperantes, el autor no ha fundamentado su denuncia de que estaría personalmente en peligro de ser sometido a tortura si fuera devuelto a Sri Lanka en estos momentos.”<sup>1312</sup>

551. Asimismo, en el caso *U. S. c. Finlandia* el Comité contra la Tortura llegó a la conclusión de que la expulsión del extranjero a Sri Lanka no supondría una violación del artículo 3 al haber mejorado la situación en el Estado de destino, lo cual comprendía el proceso de paz en curso, la falta de violaciones sistemáticas de los derechos humanos, la opinión del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en el sentido de que las personas de origen tamil, como era el caso del autor, no eran refugiados y podían regresar al país y el hecho de que el autor no había desarrollado actividades políticas durante casi 20 años<sup>1313</sup>. El Comité recordó que “la persona interesada debe enfrentarse a un *riesgo previsible y real* de ser sometido a tortura en el país al que se la devuelva, y que ese riesgo tiene que ser personal y actual”<sup>1314</sup> (sin cursiva en el original).

552. En cambio, en el caso *Kisoki c. Suecia* el Comité contra la Tortura llegó a la conclusión de que la expulsión de la Sra. Kisoki al Zaire violaría el artículo 3 por lo siguiente: 1) la afiliación y las actividades políticas de la autora, 2) su historia de detención y tortura y 3) información aportada por el ACNUR con respecto a la situación de los refugiados repatriados de quienes se creía que tenían un perfil político en comparación con los refugiados en general<sup>1315</sup>.

553. En el caso *Sra. M. C. M. V. de F. c. Suecia*, el Comité contra la Tortura llegó a la conclusión de que la expulsión de la persona no constituiría una violación del artículo 3 por haber mejorado la situación en El Salvador. A ese respecto, el Comité señaló que 1) los presuntos actos de tortura se cometieron durante un conflicto armado interno en un momento en que existía un cuadro de violaciones de los derechos humanos; 2) la persona había sido miembro del movimiento guerrillero Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), actualmente partido político con mayoría en el Parlamento y 3) los incidentes denunciados no estaban vinculados con sus actividades políticas o las de su esposo. En consecuencia, el Comité llegó a la conclusión de que no existía un riesgo real, personal y previsible de tortura como consecuencia de la deportación<sup>1316</sup>.

<sup>1312</sup> *Ibid.*, párr. 7.4.

<sup>1313</sup> Comunicación No. 197/2002, 7 de enero de 2002, párr. 7.7. Finlandia indicó asimismo que el autor alegó haber sido torturado años atrás, pero su salud había mejorado y sus problemas de salud actuales podrían ser tratados en Sri Lanka (párr. 7.6).

<sup>1314</sup> *Ibid.*, párr. 7.8.

<sup>1315</sup> Comunicación No. 41/1996, 8 de mayo de 1996, párrs. 9.3 a 10. “En las circunstancias del caso, el Comité no tiene por qué tomar en consideración la situación general de los denunciantes que son refugiados que han regresado sino más bien la situación de los denunciantes que son refugiados que han regresado y que son miembros activos de la oposición al Gobierno del Presidente Mobutu”, Comunicación No. 41/1996, 8 de mayo de 1996, párr. 9.4.

<sup>1316</sup> “El Comité observa que los actos de tortura que presuntamente sufrió la autora se cometieron en 1989 y en 1991, cuando se vivía en El Salvador un conflicto armado interno y existía un cuadro de violaciones masivas y manifiestas de los derechos humanos en el país. El Comité observa también que la situación general de El Salvador cambió después de la entrada en vigor de los Acuerdos de Paz de 1992. El FMLN, que anteriormente fue un grupo guerrillero, es en la actualidad un partido político que obtuvo la mayoría de los escaños en las elecciones parlamentarias de 2003. El Comité no está convencido de que los hechos sufridos por la autora

554. En cambio, en el caso *Sra. T. A. c. Suecia* el Comité contra la Tortura llegó a la conclusión de que la expulsión de la persona y su hija constituiría una violación del artículo 3 a pesar del cambio de partido político gobernante, pues la persona había sido torturada recientemente, al parecer por motivos políticos, y pertenecía a un partido de oposición:

“El Comité ha tomado nota de la afirmación del Estado Parte de que, como la Liga Awami se halla actualmente en la oposición, no existe ya el riesgo de que la autora se vea expuesta a hostigamiento por parte de las autoridades a instigación de los miembros de ese Partido. El Estado Parte alega además que la autora no tiene nada que temer de los partidos políticos actualmente en el poder porque es miembro de uno de los partidos representados en el Congreso. Sin embargo, el Estado Parte no ha puesto en duda que la autora haya sido anteriormente perseguida, detenida, violada y torturada. El Comité toma nota de la declaración de la autora de que pertenece a una fracción del Partido Jatiya que se opone al partido en el poder y de que es frecuente la tortura de los oponentes políticos por los agentes del Estado. Además, los actos de tortura de que fue víctima la autora no parecen haber sido infligidos solamente como castigo por su intervención en actividades políticas, sino también como represalia por las actividades políticas de su marido y su presunta participación en un delito político. El Comité toma nota también de que su marido sigue todavía escondido, de que la tortura de que fue víctima se ha producido en un pasado reciente y hay certificados médicos que lo demuestran y de que la policía sigue buscando a la autora en Bangladesh.”<sup>1317</sup>

555. En *Dadar c. el Canadá* el Comité contra la Tortura llegó a la conclusión de que, aunque el Sr. Dadar no había sido torturado y encarcelado recientemente, su expulsión constituiría una violación del artículo 3 a causa de la relación que mantiene con las fuerzas de la oposición iraní.<sup>1318</sup>

#### 7) *Funcionarios públicos*

556. En su Observación general No. 1, el Comité contra la Tortura indicó que la mención de un cuadro de violaciones de los derechos humanos sólo podía entenderse referida a las violaciones en las que tomaban parte funcionarios públicos o personas que actuaban en el ejercicio de funciones públicas:

“3. De conformidad con el artículo 1, el criterio enunciado en el párrafo 2 del artículo 3, es decir, ‘un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos’, sólo puede entenderse referido a las violaciones cometidas por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.”<sup>1319</sup>

---

en 2000 y 2003 estuviesen de algún modo vinculados a sus actividades políticas anteriores o las de su esposo ... A pesar de la violencia y los enfrentamientos existentes en El Salvador, el Comité no está convencido de que la autora o los miembros de su familia correrían un riesgo *real, personal y previsible* de tortura si fueran deportados de Suecia”, Comunicación No. 237/2003, 12 de diciembre de 2005, párr. 6.4 (sin cursiva en el original).

<sup>1317</sup> Comunicación No. 226/2003, 27 de mayo de 2005, párr. 7.3.

<sup>1318</sup> Comunicación No. 258/2004, 5 de diciembre de 2005, párr. 8.6.

<sup>1319</sup> Comité contra la Tortura, Observación general No. 1: Aplicación del artículo 3 en el contexto del artículo 22 de la Convención, 21 de noviembre de 1997, párr. 3, documento A/53/44, anexo IX. Véanse asimismo *Dadar c. el Canadá*, Comité contra la Tortura, Comunicación

557. En el caso *Sra. M. C. M. V. de F. c. Suecia* el Comité contra la Tortura llegó a la conclusión de que la expulsión de la persona no constituiría una violación del artículo 3, en parte porque los incidentes no podían atribuirse a agentes del Estado o a grupos que actuaban en nombre de dichos agentes o bajo su control efectivo<sup>1320</sup>.

558. En el caso *Elmi c. Australia* el Comité contra la Tortura consideró el sentido de la expresión “funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas” a efectos de la definición de tortura contenida en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura. El Comité llegó a la conclusión de que la persona correría peligro de ser torturada por “funcionarios públicos” aunque el Estado de destino careciera de gobierno central.

“El Comité no comparte la opinión del Estado Parte de que la Convención no es aplicable en el presente caso puesto que, según el Estado Parte, los actos de tortura a los que el autor teme ser sometido en Somalia no corresponden a la definición de tortura del artículo 1 (es decir, dolores o sufrimientos infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia, en el presente caso por motivos discriminatorios). El Comité señala que durante varios años Somalia ha carecido de un gobierno central, que la comunidad internacional está negociando con las facciones beligerantes y que algunas de las facciones que operan en Mogadishu han creado instituciones cuasi oficiales y están negociando el establecimiento de una administración común. Se desprende de todo ello que, de hecho, esas facciones ejercen ciertas prerrogativas comparables a las que ejercen normalmente los gobiernos legítimos. En consecuencia, para los fines de la aplicación de la Convención, se puede aplicar a los miembros de esas facciones la expresión ‘funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas’ contenida en el artículo 1.

El Estado Parte no impugna el hecho de que se han cometido violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos en Somalia. Además, la experta independiente sobre la situación de los derechos humanos en Somalia nombrada por la Comisión de Derechos Humanos describió en su último informe la gravedad de esas violaciones, la situación caótica que impera en el país, la importancia de la identidad de los clanes y la vulnerabilidad de clanes pequeños y desarmados, como el clan shikal al que pertenece el autor.

El Comité señala además, sobre la base de la información de que dispone, que la zona de Mogadishu en que residen principalmente los shikal, y

---

No. 258/2004, 5 de diciembre de 2005, párr. 8.4; *Sadiq Shek Elmi c. Australia*, Comunicación No. 120/1998, 14 de mayo de 1999, párr. 6.5; *H. M. H. I. c. Australia*, Comunicación No. 177/2001, 1º de mayo de 2002, párr. 6.4 y *S.S. c. los Países Bajos*, Comunicación No. 191/2001, 5 de mayo de 2003, párr. 6.4: “La cuestión de si el Estado Parte tiene obligación de abstenerse de expulsar a una persona que pueda correr el riesgo de experimentar dolores o sufrimientos graves a manos de una entidad no gubernamental, sin el consentimiento o aquiescencia del Gobierno, escapa al alcance del artículo 3 de la Convención, a menos que la entidad no gubernamental ocupe y ejerza una autoridad cuasi oficial en el territorio al que se devolvería al autor de la queja”.

<sup>1320</sup> “El Comité no está convencido de que los hechos sufridos por la autora en 2000 y 2003 estuviesen de algún modo vinculados a sus actividades políticas anteriores o las de su esposo y estima que la autora no ha demostrado acabadamente que dichos incidentes podían atribuirse a agentes del Estado o a grupos que actuaban en nombre de dichos agentes o bajo su control efectivo”, Comunicación No. 237/2003, 12 de diciembre de 2005, párr. 6.4.

donde residiría probablemente el autor si alguna vez llegara a Mogadishu, está sometida al control efectivo del clan hawiye, que ha establecido instituciones cuasi oficiales y administra varios servicios públicos. Además, fuentes fidedignas subrayan que no existe ningún acuerdo público ni oficioso de protección entre los clanes hawiye y shikal y que los shikal siguen estando a merced de las facciones armadas.

Además de lo antedicho, el Comité estima que hay dos factores que apoyan el alegato del autor de que es especialmente vulnerable al tipo de actos a que se hace referencia en el artículo 1 de la Convención. En primer lugar, el Estado Parte no ha negado la veracidad de las afirmaciones del autor de que su familia fue seleccionada especialmente como blanco por el clan hawiye, como consecuencia de lo cual fueron ejecutados su padre y su hermano, violada su hermana, y el resto de la familia obligada a huir y a trasladarse constantemente de una a otra parte del país para ocultarse. En segundo lugar, su caso ha recibido amplia publicidad y, por lo tanto, si regresara a Somalia se le podría acusar de empañar la reputación de los hawiye.”<sup>1321</sup>

8) *Ulterior expulsión a un tercer Estado*

559. En su Observación general No. 1 el Comité contra la Tortura indicó que el examen del Estado de destino en relación con el artículo 3 abarca no sólo el Estado inicial de destino, sino también la posible expulsión ulterior de la persona afectada de ese Estado a un tercer Estado.

“2. El Comité opina que la expresión ‘otro Estado’, que figura en el artículo 3, puede entenderse referida al Estado al cual se expulsa, devuelve o extradita a la persona afectada. No obstante, también puede entenderse referida a cualquier Estado al cual se pueda a su vez expulsar, devolver o extraditar posteriormente al autor.”

560. En el caso *Mutombo c. Suiza* el Comité opinó de que Suiza tenía “la obligación de no expulsar a Balabou Mutombo al Zaire ni a otro país en el que corra verdadero riesgo de ser expulsado o devuelto al Zaire o de ser sometido a tortura”<sup>1322</sup>.

561. En el caso *Korban c. Suecia* el Comité contra la Tortura determinó que, habida cuenta de la grave situación de los derechos humanos en el Iraq, de su historial de detención en ese país y de la desertión de su hijo del ejército, había verdaderos motivos para creer que Korban estaría en peligro de ser sometido a torturas de ser devuelto al Iraq<sup>1323</sup>. El Comité indicó que la prohibición de expulsión a “otro Estado” cuando existe ese peligro no es únicamente aplicable al Estado inicial de destino, sino también a una posible expulsión de ese Estado a un tercer Estado.

“El Comité toma nota de que las autoridades de inmigración de Suecia ordenaron la expulsión del autor a Jordania y de que el Estado Parte se abstiene de evaluar el riesgo de que el autor sea deportado de Jordania al Iraq. No obstante, de las disposiciones de las partes se infiere que no se puede excluir la posibilidad de ese riesgo habida cuenta de las evaluaciones hechas por diversas fuentes, entre ellas el ACNUR, sobre la base de informes de que las autoridades jordanas han enviado algunos iraquíes al Iraq en contra de su voluntad, de que el matrimonio con una mujer jordana no garantiza que se

<sup>1321</sup> *Elmi c. Australia*, Comunicación No. 120/1998, 14 de mayo de 1999, párrs. 6.5 a 6.8.

<sup>1322</sup> *Mutombo c. Suiza*, dictamen aprobado el 27 de abril de 1994, Comunicación No. 13/1993, 1 *International Human Rights Reports I* (1994), págs. 3 a 122, párr. 10.

<sup>1323</sup> *Korban c. Suecia*, Comunicación No. 88/1997, 16 de noviembre de 1998, párr. 6.4.

conceda el permiso de residencia en Jordania y de que esta situación no ha mejorado después de firmarse el Memorando de Entendimiento entre el ACNUR y las autoridades jordanas con respecto a los derechos de los refugiados en Jordania. El propio Estado Parte ha reconocido que los ciudadanos iraquíes que están refugiados en Jordania, en particular los que han sido devueltos de un país europeo, no tienen una total garantía de que no serán deportados al Iraq.

Teniendo en cuenta lo que antecede, el Comité opina que, en las circunstancias actuales, el Estado Parte tiene la obligación de abstenerse de devolver al autor por la fuerza al Iraq. También tiene la obligación de no devolver al autor por la fuerza a Jordania, habida cuenta del riesgo que correría de ser expulsado de este país al Iraq. En tal sentido, el Comité se remite al párrafo 2 de su comentario general sobre la aplicación del artículo 3 de la Convención en el contexto del artículo 22, según el cual ‘la expresión “otro Estado”, que figura en el artículo 3, puede entenderse referida al Estado al cual se expulsa, devuelve o extradita a la persona afectada’. Además, el Comité observa que, aunque Jordania es Parte en la Convención, no ha hecho la declaración conforme al artículo 22. Como resultado de ello, el autor no tendría la posibilidad de presentar una nueva comunicación al Comité si se viera amenazado con la deportación de Jordania al Iraq.”<sup>1324</sup>

#### 9) *Prohibición absoluta*

562. En la Convención contra la Tortura se establece expresamente que no existen excepciones a la prohibición de la tortura, ni siquiera por motivos de guerra o de cualquier otra emergencia pública, con arreglo al artículo 2<sup>1325</sup>. En esa Convención se dispone asimismo una prohibición absoluta de toda expulsión que no esté sujeta a limitación o derogación, aunque se aduzcan motivos de seguridad nacional, con arreglo al artículo 3. Esas disposiciones contrastan con el principio de no devolución aplicable a los refugiados, que está sujeto a derogación por motivos de seguridad nacional, condena por delito grave o peligro para la comunidad<sup>1326</sup>.

563. En el caso *Páez c. Suecia* el Comité contra la Tortura consideró el caso de un miembro del Sendero Luminoso, organización del Partido Comunista del Perú<sup>1327</sup>.

<sup>1324</sup> *Ibid.*, párrs. 6.5 y 7.

<sup>1325</sup> Artículo 2, párr. 2: “En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura”.

<sup>1326</sup> Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, Ginebra, 28 de julio de 1951, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 189, No. 2545, pág. 150, artículo 31. “Además de prohibir la devolución de personas que pueden ser perseguidas, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, la Convención contra la Tortura y disposiciones semejantes de algunos instrumentos regionales prohíben a los Estados deportar o extraditar a personas en esas circunstancias. No obstante, de conformidad con el artículo 32 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, puede expulsarse a extranjeros por razones de seguridad nacional o de orden público, pudiéndose ordenar esas expulsiones sin juicio si así lo exigen ‘razones imperiosas de seguridad nacional’. En la Convención sobre los refugiados en África no están previstas excepciones de este tipo. Asimismo, con arreglo a la Convención contra la Tortura y al Convenio Europeo de Derechos Humanos, nadie puede ser enviado a un país en el que vaya a ser sometido a tortura. No se prevén excepciones por motivos de seguridad nacional”, David Fisher *et al.*, véase la nota 130 *supra*, pág. 119 y notas 240 y 241 (en referencia al artículo 3 de la Convención contra la Tortura, el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y *Case Chahal v. United Kingdom*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 15 de noviembre de 1996, demanda 22414/93, párrs. 79 y 80).

<sup>1327</sup> *Páez c. Suecia*, Comunicación No. 39/1996, 28 de abril de 1997, párr. 2.1.

Suecia señaló el carácter terrorista del Sendero Luminoso, alegó que los delitos cometidos en nombre de esa organización no podrían ser una razón para conceder asilo y mencionó el artículo 1F de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados<sup>1328</sup>. Señaló asimismo que la persona podía salir libremente de Suecia, en cualquier momento, para dirigirse a un país de su elección<sup>1329</sup>. El Comité llegó a la conclusión de que Suecia tenía la obligación absoluta de no devolver al extranjero al Perú de conformidad con el artículo 3 de la Convención contra la Tortura, al margen de lo dispuesto en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

“Según la comunicación del Estado Parte y las decisiones de las autoridades de inmigración en el caso presente, parecería que la negativa de conceder asilo en Suecia al autor se basa en la cláusula de excepción del artículo 1F de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. [...] El Comité considera que el texto del artículo 3 de la Convención es absoluto. Siempre que existan motivos fundados para creer que una persona estaría en peligro de ser sometida a la tortura tras ser expulsada a otro Estado, el Estado Parte tiene la obligación de no devolver a esa persona a ese Estado. El carácter de las actividades en que la persona interesada hubiera participado no puede ser una consideración material cuando se adopte una decisión en virtud del artículo 3 de la Convención. [...] El Comité considera que los motivos mencionados por el Estado Parte para justificar su decisión de devolver al autor al Perú no satisfacen los requisitos del artículo 3 de la Convención.”<sup>1330</sup>

564. Además, en el caso *Dadar c. el Canadá*, el Comité recordó que la prohibición señalada en el artículo 3 era absoluta y que la seguridad nacional no justificaba la excepción.

“En el caso actual el Comité observa que las autoridades canadienses evaluaron el peligro que podría correr el autor si fuera devuelto al Irán y llegaron a la conclusión de que las autoridades iraníes tendrían por él un interés limitado. Sin embargo, las mismas autoridades no excluyeron la posibilidad de que esa evaluación fuera incorrecta y de que el autor podría, en efecto, ser torturado. En ese caso, concluyeron que su determinación de que el autor representaba un peligro para los ciudadanos canadienses tenía que prevalecer sobre el riesgo de tortura y debía ser expulsado del Canadá. El Comité recuerda que la prohibición que figura en el artículo 3 de la Convención es absoluta.”<sup>1331</sup>

<sup>1328</sup> *Ibid.*, párr. 6.3.

<sup>1329</sup> *Ibid.*, párr. 6.5.

<sup>1330</sup> *Ibid.*, párrs. 14.4 a 14.6. “La Convención contra la Tortura prohíbe expresamente a los Estados Miembros la devolución de un extranjero a un Estado donde vaya a ser torturado. ... En ella no se prevén limitaciones al derecho a la no devolución por motivos de seguridad, y se rechaza expresamente toda posibilidad de derogación. El Comité contra la Tortura, que es el organismo encargado de vigilar el cumplimiento de la Convención contra la Tortura, ha criticado las leyes de varios Estados que prevén esa excepción. También ha dejado claro que las razones de exclusión del estatuto de refugiado enumeradas en el artículo 1F de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados no son aplicables a la Convención contra la Tortura, en relación con lo cual ha insistido en que ‘el texto del artículo 3 de la Convención [contra la Tortura] es absoluto’”, David Fisher *et al.*, véase la nota 130 *supra*, págs 107 y 108 y notas 135-143 (en referencia al párrafo 2 del artículo 2 y el artículo 3 de la Convención contra la Tortura; CAT/C/SR.12 21 y 27; CAT/C/SR.13 27; acta resumida del 126º período de sesiones del Comité contra la Tortura, informe inicial de Nueva Zelanda, 51, 30 de septiembre de 1993, documento de las Naciones Unidas CAT/C/SR.126; CAT/C/24/8 8 y 22; *Páez c. Suecia*, Comunicación No. 39/1996, 28 de abril de 1997, párrs. 14.4. y 14.5).

<sup>1331</sup> Comunicación No. 258/2004, 5 de diciembre de 2005, párr. 8.8.

565. En 2004 la Asamblea General recordó en su resolución 59/182 la prohibición de expulsar a una persona a un Estado en el que corriera peligro de ser sometida a tortura.

*“La Asamblea General,*

*Recordando* que el derecho a no ser sometido a torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes no admite excepción y debe estar protegido en todas las circunstancias, incluso en tiempos de disturbios internos o internacionales o de conflicto armado, y que todos los instrumentos internacionales en la materia afirman expresamente la prohibición de la tortura,

*Recordando también* que algunos tribunales internacionales, regionales y nacionales, entre ellos el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991, han reconocido que la prohibición de la tortura es una norma imperante del derecho internacional,

[...]

8. *Recuerda* que los Estados no procederán a la expulsión, devolución (“refoulement”) o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que dicha persona correría el peligro de ser sometida a torturas.”<sup>1332</sup>

iii) *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*

566. En 2004, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial organizó un debate sobre el tema de la discriminación contra los no ciudadanos. Después de este debate, el Comité aprobó la recomendación general No. XXX sobre la discriminación contra los no ciudadanos, en la que consideró que era necesario aclarar las responsabilidades de los Estados Partes en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial con respecto a los no ciudadanos. El Comité afirmó además los principios generales sobre la responsabilidad de los Estados partes en relación con la prohibición y la eliminación de la discriminación, de conformidad con el artículo 5. El Comité formuló la siguiente recomendación sobre la expulsión y deportación de no ciudadanos de los Estados Partes:

“[v]elar por que los no ciudadanos no sean devueltos o trasladados a un país o territorio en el que corran el riesgo de ser sometidos a abusos graves de los derechos humanos, como tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.”<sup>1333</sup>

<sup>1332</sup> Párrafo 8 de la parte dispositiva.

<sup>1333</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, nota 1154 *supra*, párr. 27. Asimismo, el Relator Especial sobre los derechos de los no ciudadanos, Sr. David Weissbrodt, subrayó que la “expulsión de los no ciudadanos no debe llevarse a cabo sin tener en cuenta el posible peligro de muerte o de que sufra su integridad física en los países de destino”, Los derechos de los no ciudadanos, nota 460 *supra*, párr. 28.

iv) *Convenio Europeo de Derechos Humanos*

567. El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) no prohíbe expresamente la expulsión de una persona a un Estado donde correría el riesgo de sufrir violaciones graves de sus derechos humanos. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado que el artículo 3 del Convenio<sup>1334</sup> prohíbe a los Estados partes enviar a una persona a un Estado solicitante donde correría el riesgo de ser sometida a torturas o tratos o castigos inhumanos o degradantes. Según el Tribunal, esta prohibición se aplica tanto a la extradición<sup>1335</sup>, como a la expulsión<sup>1336</sup>.

568. En el caso *Chahal c. Reino Unido*<sup>1337</sup>, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos subrayó el carácter absoluto de esta prohibición y señaló que el comportamiento de la persona, por indeseable o peligroso que fuera, no podía ser una consideración determinante a este respecto.

“La prohibición de los malos tratos prevista en el artículo 3 es igualmente absoluta en casos de expulsión. Así pues, cuando se haya demostrado la existencia de razones sustanciales para creer que una persona correría un riesgo real de ser sometida a tratos contrarios al artículo 3 en caso de ser trasladada a otro Estado, entra en juego la responsabilidad del Estado contratante de salvaguardarlo de tales tratos en caso de que se lleve a cabo la expulsión. En estas circunstancias, las actividades de la persona en cuestión, aunque resulten indeseables o peligrosas, no pueden ser una consideración material. La protección que corresponde en virtud del artículo 3 es, pues, más amplia que la dispuesta en los artículos 32 y 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de las Naciones Unidas de 1951 ...<sup>1338</sup>

No se debe inferir de las observaciones del Tribunal que se debe evaluar el riesgo de malos tratos en relación con los motivos para la expulsión para determinar si el Estado es responsable de conformidad con el artículo 3.”<sup>1339</sup>

569. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, basándose en el carácter absoluto del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, llegó a la conclusión de que dicha disposición también incluye los casos en que el peligro para la persona expulsada no proviene del propio Estado de destino sino de personas o grupos que no

<sup>1334</sup> Este artículo establece que “nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos, inhumanos o degradantes”.

<sup>1335</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case of Soering v. United Kingdom*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 7 de julio de 1989, demanda 14038/88, párr. 91: “En resumen, la decisión de un Estado contratante de extraditar a un fugitivo puede suscitar problemas de conformidad con el artículo 3 y, por ello, generar la responsabilidad del Estado según el Convenio, en casos en que existan razones sustanciales para creer que la persona involucrada, de ser extraditada, enfrentaría un riesgo real de ser sometida a tortura o penas y tratos inhumanos o degradantes en el Estado solicitante”. En relación con la extradición, véase también el párrafo 4 del artículo 13 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, Cartagena de Indias (Colombia) 9 de diciembre de 1985, *International Legal Materials*, vol. 25, 1986, pág. 519. (“No se concederá la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometida a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o ad hoc en el Estado requirente”).

<sup>1336</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case of Cruz Varas and Others v. Sweden*, sentencia (sobre el fondo), 20 de marzo de 1991, demanda 15576/89, párrs. 69 y 70.

<sup>1337</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case of Chahal v. United Kingdom*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 15 de noviembre de 1996, demanda 22414/93, párrs. 72 a 107.

<sup>1338</sup> *Ibid.*, párr. 80.

<sup>1339</sup> *Ibid.*, párr. 81.



ejercen una función pública, y el Estado de destino no puede protegerla adecuadamente.

“Debido al carácter absoluto del derecho garantizado, el Tribunal no excluye la posibilidad de que el artículo 3 sea aplicable cuando el peligro provenga de personas o grupos de personas que no ejercen una función pública. Sin embargo, deberá demostrarse que ese peligro existe realmente y que las autoridades del Estado de destino no son capaces de proporcionar una protección suficiente para conjurarlo.”<sup>1340</sup>

570. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa consideró que el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos prohíbe la expulsión o extradición a países donde se practica la tortura o donde los órganos de Gobierno toleran su ejercicio<sup>1341</sup>. Además, cabe señalar a la atención una recomendación en la que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa expresó la siguiente opinión:

“Ningún extranjero estará sujeto a medidas como el rechazo en la frontera, la devolución, la expulsión o la extradición, si éstas lo obligan a volver a un territorio donde tenga motivos para temer persecuciones a causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social particular o tendencia política o a permanecer en él, o donde corre el riesgo de ser enviado al primero. Tendrá derecho a apelar a un tribunal o a una autoridad administrativa superior.”<sup>1342</sup>

571. El Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de los Tratos o Penas Inhumanos o Degradantes, del Consejo de Europa, reconoció la obligación fundamental del Estado de no enviar a una persona a un país si existen motivos de peso para creer que dicha persona correría peligro de ser torturada o maltratada a su llegada<sup>1343</sup>.

v) *Convención Americana sobre Derechos Humanos*

572. La Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíbe expresamente la expulsión de un extranjero a un país donde su vida o libertad personal puedan estar en peligro a causa de la discriminación practicada por determinados motivos. El párrafo 8 del artículo 22 dispone lo siguiente:

“En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.”<sup>1344</sup>

vi) *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*

573. El artículo 5 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos prohíbe la tortura. Sin embargo, la Carta no hace referencia a los efectos de esta prohibición en relación con la expulsión, aunque, la Comisión Africana de Derechos

<sup>1340</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso of H.L.R. v. France*, sentencia (sobre el fondo), 29 de abril de 1997, demanda 24573/94, párr. 40.

<sup>1341</sup> Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, Recomendación 768 (1975) sobre la tortura en el mundo, 3 de octubre de 1975, párr. 8.

<sup>1342</sup> Consejo de Europa, nota 607 *supra*, párr. 13.

<sup>1343</sup> Consejo de Europa, Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de los Tratos o Penas Inhumanos o Degradantes, 13º Informe General sobre las actividades del Comité en el período comprendido entre el 1º de enero de 2002 y el 31 de julio de 2003, CPT/Inf (2003) 35, 10 de septiembre de 2003, “Deportación de extranjeros por vía aérea”, párrs. 27 a 45, en especial párr. 30.

<sup>1344</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 55 *supra*.

Humanos y de los Pueblos ha reafirmado el principio de la no devolución en relación con la tortura en casos de expulsión. En las Directrices y medidas para la prohibición y prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en África, aprobadas por la Comisión en 2002, se dispone lo siguiente:

“D. No devolución

15. Los Estados deberían garantizar que no se va a expulsar o extraditar a nadie a un país donde corra el riesgo de ser sometido a torturas.”<sup>1345</sup>

vii) *Legislación nacional*

574. La legislación interna de algunos Estados prohíbe expulsar a un extranjero a un país donde corra el riesgo de sufrir violaciones graves de sus derechos humanos o maltrato. En algunos casos, se prohíbe la expulsión cuando al extranjero le espere, o le pueda esperar, la pena de muerte<sup>1346</sup>, torturas u otros tratos inhumanos<sup>1347</sup>, o persecuciones en un Estado<sup>1348</sup>. En forma más general, un Estado puede prohibir la deportación a otro donde al extranjero le espere, o le pueda esperar, una amenaza a su vida o libertad<sup>1349</sup>, torturas, castigos corporales u otros tratos inhumanos o degradantes<sup>1350</sup>, o persecución o discriminación a causa de su raza, sexo, religión, opinión política u otra característica<sup>1351</sup>. Se puede privar a un extranjero que haya cometido determinado tipo de delito de todos los tipos de protección incluidos en esta sección<sup>1352</sup> o de la relacionada con la persecución, pero no con el riesgo de vida u otro peligro de análoga gravedad<sup>1353</sup>. Asimismo, un Estado puede dejar de conceder su protección cuando el extranjero: 1) represente una amenaza para sus intereses<sup>1354</sup>; 2) represente una amenaza para su orden público o su seguridad

<sup>1345</sup> Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, resolución sobre las Directrices y medidas para la prohibición y prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en África, 32º período ordinario de sesiones, Banjul (Gambia), 17 a 23 de octubre de 2002.

<sup>1346</sup> Finlandia, Ley de 2004, artículo 147.

<sup>1347</sup> *Ibid.*, y Suiza, Constitución Federal, artículo 25.

<sup>1348</sup> Finlandia, Ley de 2004, artículo 147.

<sup>1349</sup> Austria, Ley de 2005, artículo 3.50 1); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 60; República Checa, Ley de 1999, artículo 179 1) a) 1) a 3); Francia, Código, artículo 513-2; Italia, Decreto Ley de 1996, artículo 7 3); Lituania, Ley de 2004, artículo 130 1); Suecia, Ley de 1989, capítulo 8.1; Suiza, Ley Federal de 1931, artículo 14 a 4); y Reino Unido, Manual, párrafo 12.3.

<sup>1350</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 60; Canadá, Ley de 2001, artículo 115 1); República Checa, Ley de 1999, artículo 179 1) a) 2); y Suiza, Ley de 1989, capítulo 8.1.

<sup>1351</sup> Austria, Ley de 2005, artículo 3.50 2); Belarús, Ley de 1998, artículo 33; Canadá, Ley de 2001, artículo 115 1); Francia, Código, artículo 513-2; Italia, Decreto Legislativo No. 286, de 1998, artículo 19 1), Ley No. 40 de 1998, Decreto Ley de 1996, artículo 7 3); Japón, Orden de 1951, artículo 53 3); Lituania, Ley de 2004, artículo 130 1); Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 104 1)- 2); República de Corea, Ley de 1992, artículo 64 3) y Suecia, Ley de 1989, capítulo 8.2. Un Estado puede ejercer esta protección cuando el extranjero haga frente a una persecución en el país de destino que justificaría que se le concediera asilo en el país que lo expulsa (Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 104 1), o que violaría las disposiciones de una convención internacional (Francia, Código, artículo 513-2; Japón, Orden de 1951, artículo 53 3); República de Corea, Ley de 1992, artículo 64 3); Suiza, Ley Federal de 1931, artículo 14 a 3)). Podrá exigirse al extranjero que exponga estas preocupaciones en un plazo determinado (Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 104 2).

<sup>1352</sup> Canadá, Ley de 2001, artículo 115 2) a) - b); República Checa, Ley de 1999, artículo 179 2) b); y Lituania, Ley de 2004, artículo 130 3).

<sup>1353</sup> Austria, Ley de 2005, artículo 3.50 4) - 5); Suecia, Ley de 1989, capítulo 8.2.

<sup>1354</sup> Japón, Decreto de 1951, artículo 53 3); y República de Corea, Ley de 1992, artículo 64 3).

nacional, o haya cometido una violación del derecho internacional<sup>1355</sup>; o 3) pueda ser enviado a un tercer Estado<sup>1356</sup>.

viii) *Jurisprudencia nacional*

575. Los tribunales de varios países se han ocupado del tema de la expulsión de un extranjero a un Estado donde corre el riesgo de ser torturado<sup>1357</sup>. Algunos tribunales han señalado que no se puede expulsar en ningún caso a un extranjero a un país donde correría el riesgo de sufrir torturas<sup>1358</sup> mientras que otros han indicado que había que evaluar las cosas sopesando distintos factores<sup>1359</sup>. Los tribunales

<sup>1355</sup> Austria, Ley de 2005, artículo 3.50 4) y 5); Canadá, Ley de 2001, artículo 115 2) b); República Checa, Ley de 1999, artículo 179 2) b); Francia, Código, artículo L521-2; Japón, Orden de 1951, artículo 53 3); República de Corea, Ley de 1992, artículo 64 3); Lituania, Ley de 2004, artículo 130 3); y Suecia, Ley de 1989, capítulo 8.2. Un Estado puede exigir que se prescinda de estos criterios para que el extranjero no pueda ser enviado a ningún Estado que no sea el Estado original de destino (República Checa, Ley de 1999, artículo 179 2) b); Suecia, Ley de 1989, capítulo 8.2) o prescindir solamente del criterio relativo a la persecución, pero no de los referentes a las amenazas a la vida o la integridad física (Austria, Ley de 2005, artículo 3.50 4)).

<sup>1356</sup> República Checa, Ley de 1999, artículo 179 2) a).

<sup>1357</sup> Algunos tribunales nacionales han hecho una distinción entre los posibles castigos que pueden afectar un procedimiento de expulsión y los que no. Véase, por ejemplo, *Sovich v. Esperdy*, Estados Unidos de América, Tribunal de Apelaciones, Sección Segunda, 15 de mayo de 1963, *International Law Reports*, vol. 34, E. Lauterpacht (ed.), págs. 128 a 131 (“Por supuesto, no queremos decir que el encarcelamiento, cualquiera que sea su duración o justificación, constituya una persecución física en el sentido de la ley ... No queremos decir que cualquier pena de prisión, incluso por delitos políticos como el que nos ocupa, constituya una persecución física en el marco de § 243 h.”); *Blazina v. Bouchard*, Estados Unidos de América, Tribunal de Apelaciones, Sección Tercera, 2 de febrero de 1961, *International Law Reports*, vol. 32, E. Lauterpacht (ed.), págs. 243 a 246 (“El hecho de que este tipo de política gubernamental resulte repugnante para nuestro concepto de la libertad religiosa no puede, sin embargo, justificar que calificamos este tipo de medidas de ‘persecución física’.”). Además, en algunas causas de los Estados Unidos de América, el Estado no se consideraba responsable de asegurar que el extranjero no fuera expulsado posteriormente a un tercer Estado en el que corriera el riesgo de ser perseguido. Véase, por ejemplo, *United States ex rel. Tie Sing Eng v. Murff*, nota 730 *supra*; *Chong Chak et al. v. Murff*, 172 F. Supp. 150 (S.D.N.Y. 1958).

<sup>1358</sup> *Mohamed et al.* nota 221 *supra*, y *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, Tribunal de Apelaciones de Inglaterra, 23 de mayo de 2000, *International Law Reports*, vol. 124, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood, A.G. Oppenheimer (eds.), págs. 511 a 550 (Hoffman, L. J.) (“Un buen ejemplo es la cuestión, planteada en la propia causa *Chahal*, de si la deportación de una persona violaría sus derechos en virtud del artículo 3 del Convenio debido a la existencia de un riesgo significativo de que sufriera torturas o tratos inhumanos o degradantes. La jurisprudencia europea establece claramente que el hecho de que una deportación responda o no a los intereses de la seguridad nacional no afecta a los derechos establecidos en el artículo 3. Si existe riesgo de tortura, el Gobierno debe encontrar otra forma de hacer frente a una amenaza a la seguridad nacional”).

<sup>1359</sup> *Suresh v. Canada*, nota 471 *supra*; *Deportation to U. Case*, nota 900 *supra* (“Por la tanto, aunque se cumplan las condiciones establecidas en la segunda oración del artículo 14 1) de la Ley de extranjería, sigue siendo necesario examinar si la amenaza que significa la continuación de la presencia del extranjero en el territorio federal no está, de hecho, superada por el peligro al que estará expuesto si se lo deporta”); *R v. Secretary of State*, nota 815 *supra*. Cabe señalar que, en respuesta a ese último caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no permitía realizar una evaluación de este tipo. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case of Chahal v. United Kingdom*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 15 de noviembre de 1996, demanda 22414/93, párr. 79 (“El Tribunal es plenamente consciente de las inmensas dificultades que enfrentan los Estados en estos tiempos modernos para proteger a sus comunidades de la violencia terrorista. Sin embargo, incluso en estas circunstancias, el Convenio Europeo prohíbe en términos absolutos la tortura, tratos o penas degradantes e inhumanos, sin considerar la

nacionales han procurado deducir orientaciones de las leyes nacionales e internacionales a este respecto.

576. En la causa *Suresh v. Canada*<sup>1360</sup> el Tribunal Supremo del Canadá sopesó distintos factores. El Tribunal declaró lo siguiente:

“La jurisprudencia canadiense no sugiere que el Canadá no pueda deportar a una persona a un lugar donde sufriría un trato que sería inconstitucional si el Canadá lo impusiera directamente en su territorio. Repetimos que la estrategia adecuada es, esencialmente, una estrategia de equilibrio. El resultado no sólo dependerá de consideraciones propias del contexto general, sino también de otras consideraciones relativas a las circunstancias y la situación de la persona que el Gobierno tenga la intención de expulsar. Por una parte está el interés genuino del Estado en combatir el terrorismo, evitar que el Canadá se convierta en un refugio para terroristas y proteger la seguridad pública. Por otra parte, hay que considerar el compromiso constitucional del Canadá con la libertad y las garantías procesales. Dicho esto, la jurisprudencia canadiense hace pensar que este equilibrio se romperá de ordinario en favor de la decisión de no expulsar a una persona que puede ser torturada en otro país.

[...]

Llegamos a la conclusión de que la mejor interpretación es que el derecho internacional rechaza la deportación a un lugar donde se practique la tortura, aún en el caso de que estén en juego los intereses de la seguridad nacional. Esta es la norma que mejor se adapta al contenido de los principios fundamentales de justicia del Artículo 7 de la *Carta*.

[...]

“No excluimos la posibilidad de que, en circunstancias excepcionales, se justifique deportar a una persona a un lugar donde se practique la tortura, bien como consecuencia del proceso de equilibrio previsto en el artículo 7 de la *Carta* o bien en virtud del artículo 1 (una violación del artículo 7 solo quedará contrarrestada por el artículo 1 en casos derivados de circunstancias excepcionales, como desastres naturales, guerras, epidemias y similares: véase *Re BCMotor Vehicle Act, supra*, pág. 518, y *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) c. G (J)*, [1999] 3 SCR 46, 177 DLR (4th) 124, párr. 99). El Canadá no puede deportar a una persona cuando hay motivos sobrados para creer que se la torturará a su regreso, pero esto no se debe a que el artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes limite directamente las acciones del Gobierno canadiense, sino a que el equilibrio fundamental de la justicia en virtud del artículo 7 de la *Carta* impide en general deportar a una persona a un lugar donde pueda ser torturada cuando se aplica caso por caso.”

577. El Tribunal Constitucional de Sudáfrica aplicó un criterio absoluto en la causa *Mohamed and Another v. President of the Republic of South Africa and Others*<sup>1361</sup>. El Tribunal consideró que la deportación de una persona a un Estado en el que era

---

conducta de la víctima (...). La prohibición del maltrato dispuesta en el artículo 3 es igualmente absoluta en los casos de expulsión”).

<sup>1360</sup> *Suresh v. Canada*, nota 471 *supra*.

<sup>1361</sup> *Mohamed and Another*, nota 221 *supra* (referente al derecho a la vida, el derecho a que se respete y proteja la dignidad de las personas y el derecho a no sufrir penas crueles, inhumanas o degradantes al ser condenado a la pena de muerte en los Estados Unidos).

susceptible de la pena de muerte violaba los derechos a la dignidad humana, a la vida y a no ser tratado o castigado de una forma cruel, inhumana o degradante. El Tribunal decidió este caso sobre la base de los derechos garantizados por la Constitución de Sudáfrica, y no del derecho internacional<sup>1362</sup> y señaló su discrepancia en la posición adoptada por el Tribunal Supremo del Canadá.

“Sin embargo, cualquiera sea la postura adoptada en virtud de la ley canadiense, en la que la privación de los derechos a la vida, la libertad y la dignidad humana depende de los principios fundamentales de la justicia, nuestra Constitución establece normas distintas para proteger el derecho a la vida, a la dignidad humana y a no ser tratado de una forma cruel, inhumana o degradante. En nuestra Constitución, estos derechos no están subordinados a otros principios de justicia. No hay excepciones de este tipo a la protección de estos derechos. En caso de que el Estado expulse a una persona a otro país en circunstancias que ponen en peligro su vida o su dignidad humana, se aplican los artículos 10 y 11 de la Declaración de Derechos y Garantías Fundamentales. No cabe duda de que la expulsión de Mohamed a los Estados Unidos de América entrañaba un peligro de este tipo.”<sup>1363</sup>

### c) Cuestiones relativas a la salud

578. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado que la protección contra torturas o tratos inhumanos o degradantes consagrada en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos también es de aplicación en el caso de una expulsión que afecte gravemente a la salud de la persona expulsada.

579. En *Vedran Andric c. Suecia*, el Tribunal de Derechos Humanos señaló que, para determinar si la expulsión de un extranjero es contraria al artículo 3, habría que tener en cuenta los efectos físicos y mentales de la expulsión y el estado de salud de la persona:

“Al determinar si una deportación implica un trauma tal que constituye de por sí una violación del artículo 3 del Convenio, se deben tener en cuenta los efectos físicos y mentales que puede causar en la persona en cuestión y el estado de salud de ésta.”<sup>1364</sup>

580. En el caso *D. c. Reino Unido*, el Tribunal sostuvo que:

“Nada impide, pues, que el Tribunal examine una solicitud presentada de conformidad con el artículo 3, en la que el riesgo de sufrir el trato prohibido en el país receptor se deriva de factores que no pueden ser atribuidos directa o indirectamente a la responsabilidad de las autoridades públicas de ese país o que, en sí mismos, no violan las disposiciones de ese artículo. Limitar así la aplicación del artículo 3 supondría atenuar el carácter absoluto de su protección. En cualquiera de estos casos, sin embargo, el Tribunal debe hacer un riguroso escrutinio de todas las circunstancias que rodean el caso, y en especial de la situación personal del solicitante en el país expulsor.”<sup>1365</sup>

581. Así pues, en relación con la expulsión del Reino Unido de un extranjero enfermo de SIDA, el Tribunal señaló lo siguiente:

<sup>1362</sup> *Ibid.*, párrs. 37 y ss.

<sup>1363</sup> *Ibid.* (se omiten las citas).

<sup>1364</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case of Vedran Andric v. Sweden*, decisión sobre la admisibilidad de la demanda 45917/99, fundamentos de derecho, párr. 2.

<sup>1365</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case of D. v. United Kingdom*, sentencia de 2 de mayo de 1997, Causa No. 146/1996/767/964.

“51. El Tribunal toma nota de que el solicitante se encuentra en la fase avanzada de una enfermedad terminal e incurable. En el momento en que se celebró la audiencia, se observó que su estado había empeorado considerablemente y hubo que trasladarle a un hospital. Su estado era preocupante. Si en este momento puede gozar de una limitada calidad de vida ello es debido a la disponibilidad en el Reino Unido de tratamientos y medicinas perfeccionados y al trato atento y amable que se le depara en una organización de beneficencia. Se le ha asesorado sobre la manera de afrontar la muerte y ha establecido vínculos con quienes cuidan de él.

52. La repentina privación de estas ventajas tendría consecuencias dramáticas para él. No cabe duda de que su expulsión aceleraría su muerte. Hay un gran riesgo de que las condiciones adversas que los esperan en Saint Kitts reduzcan aún más sus limitadas perspectivas de vida y le causen grandes sufrimientos mentales y físicos. Ningún tratamiento médico que pueda recibir allí le permitirá combatir las infecciones que podría contraer al carecer de refugio, y no poder seguir una dieta adecuada; además, estará expuesto a los mismos problemas de salud e higiene que sufre la población de Saint Kitts. Aunque tenga un primo en Saint Kitts, no se ha demostrado que esa persona esté en condiciones de atender a las necesidades de un enfermo terminal, o tenga la voluntad para ello, ni hay indicios de que pueda contar con un apoyo moral o social de otro tipo. Tampoco se ha demostrado que el solicitante tenga garantizada una plaza en uno de los dos hospitales de la isla que, según el Gobierno, atienden a pacientes de SIDA.

53. En vista de estas circunstancias excepcionales, y teniendo en cuenta la fase crítica que ha alcanzado la enfermedad terminal del demandante, la ejecución de la decisión de expulsarlo a Saint Kitts constituiría por parte del Estado demandado, un trato inhumano contrario al artículo 3.”<sup>1366</sup>

582. En el caso *Bensaid c. Reino Unido*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos destacó el “alto umbral establecido en el artículo 3” del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sostuvo que, dadas las circunstancias del caso, no se había demostrado que realmente existiera un riesgo suficiente de que la expulsión del demandante, que sufría de esquizofrenia, fuera contraria a las normas de esta disposición:

“36. En este caso, el solicitante padece esquizofrenia, enfermedad mental de larga duración. Actualmente toma un medicamento, llamado olanzapina que le ayuda a controlar los síntomas. Si vuelve a Argelia, ya no podrá tener acceso gratuito a esta medicina como paciente externo. No está afiliado a ningún fondo de seguridad social ni puede pedir el reembolso de sus gastos médicos. Sin embargo, si fuera internado podría tener acceso al medicamento, y es posible que pudiera comprarlo como paciente externo. También es probable que tenga acceso a otros medicamentos utilizados para controlar enfermedades mentales. El hospital más cercano para recibir tratamiento es el de Blida, que está a unos 75 u 80 kilómetros de la aldea donde vive su familia.

37. Según el solicitante los problemas para obtener medicación y la tensión que le provocaría el regreso a esa región de Argelia, donde se registran casos de violencia y actividad terrorista, pondrían en grave peligro su salud. El empeoramiento de la enfermedad mental que padece podría hacerle sufrir de

<sup>1366</sup> *Ibid.* (se han omitido las referencias a otros textos).

nuevo alucinaciones y delirios psicóticos con posibles daños para sí mismo y para otros, y causar restricciones de su funcionamiento social (como el retraimiento y la falta de motivación). El Tribunal considera que los padecimientos resultantes de esta recaída quedarían comprendidos, en principio, en el ámbito de las disposiciones del artículo 3.

38. El Tribunal señala, sin embargo, que el solicitante también corre el riesgo de sufrir una recaída si permanece en el Reino Unido, ya que su enfermedad es de larga duración y necesita un tratamiento continuo. Su traslado aumentaría posiblemente el riesgo, como lo harían las diferencias en el apoyo personal y el acceso al tratamiento. El solicitante ha argumentado, en particular, que es menos probable que otros medicamentos le resulten beneficiosos y que internarse debería ser el último recurso. Sin embargo, el solicitante tendría acceso a tratamiento médico en Argelia. El hecho de que su situación en ese país sería menos favorable que en el Reino Unido no es decisivo desde el punto de vista del artículo 3 del Convenio.

39. El Tribunal considera que el riesgo de que el estado del solicitante empeore o de que no reciba apoyo o atención adecuados si se le devuelve a Argelia es, en gran medida, una especulación, como lo son también los argumentos relativos a la actitud de su familia en su calidad de musulmanes devotos, la dificultad de viajar a Blida y los efectos de estos factores sobre su salud. La información proporcionada por las partes tampoco hace pensar que la situación en la región impida, en efecto, viajar al hospital. El propio solicitante no es un objetivo probable de la actividad terrorista. Aunque su familia no posea un automóvil, esto no excluye la posibilidad de adoptar otras disposiciones.

40. El Tribunal admite la gravedad del estado de salud del solicitante. Sin embargo, teniendo en cuenta el alto umbral establecido por el artículo 3, en particular cuando el Estado contratante no es directamente responsable por los daños causados, el Tribunal considera que no hay un riesgo real suficiente de que la expulsión del solicitante en estas circunstancias sea contraria a las normas del artículo 3. El caso no reviste las circunstancias excepcionales del caso *D. c. Reino Unido* (mencionado anteriormente), en el que el solicitante se encontraba en la fase final de una enfermedad terminal, el SIDA, y no tenía posibilidades de recibir atención médica o apoyo familiar si era expulsado a Saint Kitts.

41. Por tanto, el Tribunal considera que el cumplimiento de la decisión de trasladar al solicitante a Argelia no constituiría una violación del artículo 3 del Convenio.”<sup>1367</sup>

583. La legislación de algunos Estados también tiene en cuenta las consideraciones relativas al efecto de una expulsión a un determinado país para la salud del extranjero de que se trate<sup>1368</sup>. Así por ejemplo, puede ocurrir que a un extranjero condenado a ser expulsado se le autorice a permanecer en el territorio, por lo menos durante un tiempo, por razones humanitarias. También es posible que un Estado imponga condiciones a la expulsión de un extranjero que se haya lesionado mientras

<sup>1367</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case of Bensaid v. United Kingdom*, sentencia, 6 de febrero de 2001, demanda 44599/98.

<sup>1368</sup> Argentina, Ley de 2004, artículos 29, 35; Italia, Decreto Ley No. 286 de 1998, artículos 5 11), 10 4), Ley de 1998 No. 40, artículo 8 2) b); Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 126A 3); y España, Ley de 2000, artículo 25 3). El Estado puede explicitar que esta admisión no constituye una entrada legal en el territorio del país (Argentina, Ley de 2004, artículo 35).

trabajaba en su territorio<sup>1369</sup>, o cuando la deportación pueda tener efectos excepcionalmente graves para su salud<sup>1370</sup>.

584. En *N (FC) c. Secretario de Estado del Ministerio del Interior*<sup>1371</sup>, la Cámara de los Lores examinó el caso de una nacional de Uganda seropositiva, contra la que se había dictado una orden de deportación. Se planteó la cuestión de si el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos prohibía esta expulsión porque la devolución de esta persona a Uganda constituiría un “trato inhumano”, ya que allí no tendría acceso al mismo nivel de atención médica. Tras haber examinado la jurisprudencia aplicable de Estrasburgo, la Cámara de los Lores sostuvo que la expulsión no constituía una violación del artículo 3 del Convenio Europeo, porque no se habían cumplido estrictamente los criterios para ello. Lord Hope de Craighead describió el estado de la jurisprudencia de la siguiente forma:

“De esta vía jerárquica puede inferirse que Estrasburgo se ha adherido en todo momento a dos principios. Por una parte, la naturaleza fundamental de las garantías del artículo 3 prevalece independientemente del comportamiento censurable del solicitante. No importa el grado de criminalidad de sus actos o el riesgo que entrañaría para el público su permanencia en el territorio del Estado que lo expulsa. Por otra parte, los extranjeros expulsados no pueden alegar derecho alguno a permanecer en el territorio de un Estado contratante para seguir beneficiándose de la asistencia médica, social o de otro tipo proporcionada por el Estado que los expulsa. Para que se haga una excepción en un caso en que la expulsión encuentra resistencia por motivos médicos, las circunstancias deben ser excepcionales. En mayo de 2000, el Sr. Lorezen, magistrado del tribunal de Estrasburgo, señaló en un coloquio celebrado en esa ciudad que era difícil determinar qué se entendía por circunstancias ‘muy excepcionales’. Pero casos posteriores han mostrado que la causa *D. c. Reino Unido* se considera el paradigma para evaluar el significado de esta fórmula. El tribunal debe concentrarse en la cuestión de si el estado actual de salud del solicitante es tal que, por motivos humanitarios, no deba ser expulsado a menos que se pueda demostrar que en el Estado receptor tendría acceso a los servicios médicos y sociales que necesita en forma tan evidente.”<sup>1372</sup>

#### d) Seguridades por vía diplomática

585. Desde el atentado contra el World Trade Center de Nueva York el 11 de septiembre de 2001 y otros ataques similares perpetrados en todo el mundo se ha hecho más frecuente la expulsión de extranjeros sospechosos de participar en actividades del terrorismo internacional. En muchos casos, sólo el Estado del que esta persona es nacional está dispuesto a aceptarla. Sin embargo, la expulsión de la persona a ese Estado puede evitarse si se corre el riesgo de que sufra torturas u otros malos tratos graves. Algunos Estados han intentado resolver esta situación pidiendo seguridades diplomáticas al Estado en cuestión de que no se va a someter a la persona a torturas u otros malos tratos graves. En ocasiones estos Estados han establecido un procedimiento para verificar que se cumplan estas seguridades

<sup>1369</sup> Francia, Código, artículo L521-2(5).

<sup>1370</sup> Francia, Código, artículo L523-4.

<sup>1371</sup> *N (FC) v. Secretary of State for the Home Department*, Cámara de los Lores del Reino Unido, [2005] UKHL 31, 5 de mayo de 2005.

<sup>1372</sup> *Ibid.*, párr. 48.



diplomáticas<sup>1373</sup>. Los efectos jurídicos y prácticos de estas seguridades diplomáticas han sido puestos en duda<sup>1374</sup>.

586. El Consejo de Seguridad, en su resolución 1566 (2004), instó a los Estados a negar refugio seguro a los sospechosos de terrorismo y, al mismo tiempo, reconoció que las medidas que tomen los Estados para luchar contra el terrorismo deben ajustarse a las normas internacionales de derechos humanos.

*El Consejo de Seguridad* “Insta a todos los Estados a que [...] cooperen plenamente en la lucha contra el terrorismo [...] a fin de encontrar, negar refugio seguro y someter a la justicia, sobre la base del principio del enjuiciamiento o la extradición, a quien apoye o facilite [...] la comisión de actos de terrorismo [...] o participe [...] en esos actos;

... los Estados [...] deben asegurarse de que las medidas que tomen para luchar contra el terrorismo cumplan con todas las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional y que deben tomarlas de conformidad con el

<sup>1373</sup> “Los gobiernos de todo el mundo están legítimamente preocupados por su seguridad ante los posibles ataques terroristas violentos. Sin embargo, algunos gobiernos están devolviendo presuntos sospechosos de terrorismo o de constituir un peligro para la seguridad nacional a países donde corren el riesgo de sufrir torturas o malos tratos, justificando su acción mediante la solicitud de seguridades por vía diplomática, o sea garantías oficiales del gobierno del país al que se devuelve a las personas de que éstas no serán sometidas a torturas a su regreso. Los Estados obtienen seguridades diplomáticas antes de la devolución y afirman que, con esto, respetan la prohibición absoluta que figura en el derecho internacional de devolver a una persona (cualquiera que sea el delito de que se la acuse o su situación) a un lugar donde correría el riesgo de sufrir torturas o malos tratos. Algunos Estados parecen estar devolviendo a personas sobre la base de obtener seguridades por vía diplomática a sabiendas de que en el país de destino se practicarán torturas para extraer información y confesiones sobre actividades de terrorismo y asociaciones. En ocasiones, los gobiernos realizan posteriormente un seguimiento de las personas devueltas dando a entender que este seguimiento es una salvaguardia adicional contra la tortura.” Human Rights Watch, *Empty Promises: Diplomatic Assurances No Safeguard against Torture*, vol. 16, No. 4(D), abril de 2004, pág. 3 y nota 1 (Por “devolución” se entiende todo proceso que tenga por finalidad el regreso involuntario de un extranjero a su país de origen o a un tercer país, como la deportación, expulsión, extradición y cesión) (se omiten otras citas).

<sup>1374</sup> “El uso de seguridades por vía diplomática no está bien documentado y la práctica parece variar entre los Estados, regiones y ordenamientos jurídicos. Son pocos los Estados que prevén concretamente las seguridades por vía diplomática en su derecho. Muchas veces las negociaciones para obtener seguridades por vía diplomática se realizan en el plano político y no son transparentes. En un gran número de países, la persona no tiene una oportunidad efectiva de impugnar la fiabilidad e idoneidad de estas garantías. *Ibid.*, pág. 6. Las seguridades por vía diplomática —gestiones oficiales de un gobierno ante otro— son legalmente inaplicables, aunque a veces tienen un efecto político. Cuando un Estado con antecedentes de tortura o maltrato da seguridades diplomáticas de que no cometerá abusos de este tipo, éstas carecen particularmente de credibilidad y efecto. No es sólo el Estado con antecedentes de abuso el que hace el daño. El Estado que solicita este tipo de declaración dudosa priva de efecto la prohibición absoluta de la devolución y aprueba tácitamente las políticas y prácticas de tortura por parte del otro Estado.” Human Rights Watch, *Still at Risk: Diplomatic Assurances No Safeguard Against Torture*, vol. 17, No. 4(D), abril de 2005, págs. 18 y 19. “Amnistía Internacional, Human Rights Watch y la Comisión Internacional de Juristas consideran que las seguridades por vía diplomática contra la tortura y el maltrato burlan y contradicen las prohibiciones absolutas y no derogables de estas actividades y de devolver por la fuerza a una persona a un lugar donde corre el riesgo de ser sometida a torturas o malos tratos. Las seguridades por vía diplomática han demostrado ser una salvaguarda ineficaz contra la tortura y otros malos tratos, incluso cuando incluyen un mecanismo para el seguimiento después de la devolución.” Amnistía Internacional, Human Rights Watch y Comisión Internacional de Juristas, *Reject rather than regulate*, 2 de diciembre de 2005. (Se puede acceder a este documento en Internet, en la dirección <http://hrw.org/backgrounder/eca/eu1205/>.)

derecho internacional, y en particular, las normas internacionales de derechos humanos, el derecho de los refugiados y el derecho humanitario.”<sup>1375</sup>

587. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha expresado preocupación por el uso de seguridades por vía diplomática.

“Al Comité le preocupan los casos de expulsión de solicitantes de asilo sospechosos de terrorismo a sus países de origen. A pesar de las garantías en el sentido de que se respetarán sus derechos humanos, esos países podrían presentar riesgos para la seguridad personal y la vida de las personas expulsadas, en especial si no se realizan esfuerzos suficientemente serios para vigilar la aplicación de esas garantías (dos visitas por parte de la embajada en tres meses, la primera de ellas sólo unas cinco semanas después del regreso y bajo la supervisión de las autoridades detenedoras) ... el Estado Parte debería mantener su práctica y tradición de observancia del principio de no expulsión. Cuando un Estado Parte expulsa a una persona a otro Estado basándose en la garantía dada por el Estado receptor respecto del trato que recibirá esa persona, tiene que establecer mecanismos creíbles para velar por que el Estado receptor asegure el cumplimiento de esas garantías desde el momento de la expulsión.”<sup>1376</sup>

588. El ex Relator Especial sobre la cuestión de la tortura, Theo van Boven, no descartó la posibilidad de que las seguridades por vía diplomática constituyan un medio de atender a las preocupaciones relativas a los derechos humanos en los casos de expulsión. El Relator señaló criterios para garantizar que estas seguridades fueran suficientes y, al mismo tiempo, expresó preocupación por su creciente empleo.

“Otra práctica que está desvirtuando cada vez más el principio de no devolución es la aceptación por el país que entrega a la persona de las garantías ofrecidas por el país a que será entregada de que la persona no será sometida a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. El Relator Especial no cree que se deba descartar totalmente la petición y obtención de garantías como requisito previo para el traslado de personas acusadas de terrorismo u otros delitos. De hecho, en su informe la Asamblea General en su quincuagésimo séptimo período de sesiones hizo un llamamiento a todos los Estados para que procurasen que, en todos los casos pertinentes, las personas que se propongan extraditar, ya sean acusadas de actos terroristas o de otro tipo, no sean entregadas a menos que el gobierno del país receptor haya dado una garantía inequívoca a las autoridades que conceden la extradición de que las personas involucradas no serán sometidas a torturas ni a ninguna otra forma de malos tratos a su llegada, y que se establezca un sistema de vigilancia del trato de esas personas con miras a garantizar que sean tratadas con pleno respeto de su dignidad humana (A/57/173, párr. 35).

Ahora bien, desde que presentó su informe a la Asamblea General hace dos años, el Relator Especial ha detectado varios casos en los que al parecer no se respetaron las garantías diplomáticas y las personas trasladadas podrían haber sido sometidas a violaciones de la prohibición absoluta de la tortura y otras formas de malos tratos (véase E/CN.4/2004/56/Add.1, párr. 1827). Cabe preguntarse si la práctica de obtener garantías no se está convirtiendo en un

<sup>1375</sup> Resolución 1566 (2004) del Consejo de Seguridad, 8 de octubre de 2004, párr. 2.

<sup>1376</sup> Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Suecia, CCPR/C/74/SWE, 24 de abril de 2002, párr. 12.

sustituto de inspiración política del principio de no devolución, el cual, no debe olvidarse, es un principio absoluto que no admite excepciones.”<sup>1377</sup>

589. El actual Relator Especial sobre la cuestión de la tortura, Manfred Nowak, se ha dicho preocupado por el uso de las seguridades por vía diplomática:

“Estas seguridades no pueden existir en los países donde se practica sistemáticamente la tortura, porque, como esa práctica está absolutamente prohibida en el derecho internacional, el Gobierno negaría de todos modos su utilización sistemática en el país y podría, de hecho, dar fácilmente esas seguridades, pero la práctica muestra que no se respetan. Por lo tanto, no hay forma (o las posibilidades son muy, muy escasas) de que el país que procede a la expulsión pueda verificar que, cuando la persona esté en el otro país, estas seguridades son respetadas.”<sup>1378</sup>

590. El experto independiente sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Robert K. Goldman, ha expresado su preocupación respecto de las seguridades por vía diplomática, señalando que no deben utilizarse para eludir la obligación de no devolución.

“También es motivo de preocupación la dependencia cada vez mayor de las garantías diplomáticas solicitadas por el Estado remitente al Estado receptor de que las personas trasladadas sospechosas de terrorismo no serán sometidas a tortura u otros malos tratos una vez en el país. Esos traslados van acompañados sólo a veces de un mecanismo de vigilancia rudimentario, la mayoría de las veces en la forma de visitas esporádicas a la persona por representantes diplomáticos del Estado remitente. Algunos Estados han afirmado que al solicitar dichas garantías cumplen con el principio de la no devolución, pero los críticos disienten de esa afirmación. En contraste con las garantías relativas al uso de la pena de muerte o el enjuiciamiento por un tribunal militar, que son fácilmente verificables, las garantías contra la tortura y otros abusos exigen una vigilancia constante por parte de personal competente e independiente. Además, el mero hecho de que se soliciten esas garantías puede interpretarse como un reconocimiento tácito por parte del Estado remitente de que de hecho la persona trasladada corre el riesgo de ser torturada o maltratada. [...]

Habida cuenta de la obligación absoluta de los Estados de no exponer a ninguna persona al peligro de tortura por motivo de extradición, expulsión, deportación u otro traslado, no deberían usarse las garantías diplomáticas para burlar esa obligación de no devolución.”<sup>1379</sup>

591. En *Agiza c. Suecia*, el Comité contra la Tortura llegó a la conclusión de que el hecho de que Suecia expulsara a un sospechoso de terrorismo al Estado del que era nacional (Egipto) constituía una violación de la Convención contra la Tortura, a pesar de las seguridades por vía diplomática obtenidas de Egipto.

<sup>1377</sup> La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes: nota del Secretario General, A/59/324, párrs. 29 y 30.

<sup>1378</sup> BBC Radio 4, *Today Programme*, “What would it mean for terrorist suspects if the government did get its Prevention of Terrorism Bill through parliament?”, 4 de marzo de 2005, a las 8.30 horas en [www.bbc.co.uk/radio4/today/listenagain/zfriday\\_20050304.shtml](http://www.bbc.co.uk/radio4/today/listenagain/zfriday_20050304.shtml) (sitio visitado el 18 de marzo de 2005).

<sup>1379</sup> Protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo: nota de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, E/CN.4/2005/103, párrs. 56 y 61.

“13.2 El Comité debe decidir si la expulsión del autor a Egipto constituyó una violación de la obligación que incumbe al Estado Parte, con arreglo al artículo 3 de la Convención, de no expulsar o devolver a una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura, en este caso por las autoridades egipcias. El Comité observa que esta cuestión debe decidirse a la luz de la información de que disponían razonablemente las autoridades del Estado Parte *en el momento* de la expulsión. Los acontecimientos posteriores son pertinentes para evaluar qué conocimiento de la situación tenía, real o por vía interpretativa, el Estado Parte en el momento de la expulsión.

13.4 El Comité observa de entrada que las autoridades del Estado Parte que procedieron a la expulsión del autor sabían, o al menos deberían haber sabido, que en el tiempo en que el autor fue expulsado se conocía que Egipto recurría al empleo persistente y generalizado de la tortura contra los detenidos, y que el riesgo de ser objeto de ese trato era particularmente elevado en el caso de los detenidos por razones políticas y de seguridad. El Estado Parte también sabía que sus propios servicios de seguridad exterior consideraban que el autor estaba implicado en actividades terroristas y constituía una amenaza para su seguridad nacional, y por esto sus tribunales ordinarios remitieron el caso al Gobierno para que adoptara una decisión al máximo nivel ejecutivo, que no era susceptible de apelación. El Estado Parte también sabía que los servicios de inteligencia de otros dos Estados se interesaban por el autor: según los hechos presentados por el Estado Parte al Comité, el primer Estado extranjero ofreció, por medio de su servicio de inteligencia, una aeronave para transportar al autor a Egipto, el segundo Estado, donde, según sabía el Estado Parte, había sido condenado *in absentia* y estaba en situación de búsqueda y captura por su presunta participación en actividades terroristas. A juicio del Comité, la conclusión natural que se deriva de la combinación de estos elementos, es decir, que el autor corría un verdadero riesgo de ser torturado en Egipto en caso de expulsión, quedó confirmada cuando, inmediatamente antes de la expulsión, el autor fue sometido en el territorio del Estado Parte a un trato que, como mínimo, constituía una violación del artículo 16 de la Convención, por agentes extranjeros con aquiescencia de la policía del Estado Parte. De esto se deduce que la expulsión del autor por el Estado Parte vulneró el artículo 3 de la Convención. La obtención de garantías diplomáticas, que por otra parte no proporcionaban ningún mecanismo para su cumplimiento, no bastaba para protegerle contra este riesgo manifiesto.”<sup>1380</sup>

592. En una opinión separada, el Sr. Alexander Yakovlev consideró que la expulsión no constituía una violación del artículo 3 de la Convención contra la Tortura, debido a las seguridades por vía diplomática obtenidas de buena fe por el Estado expulsor.

“Está claro que el Estado Parte conocía las obligaciones que había contraído con arreglo al artículo 3 de la Convención, incluida la prohibición de la devolución. Debido a ello, precisamente, pidió seguridades al Gobierno egipcio, a un alto nivel, en lo que respecta al trato adecuado del autor. Nada menos que una persona tan autorizada como el ex Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la Tortura, el Sr. van Boven, aceptó, en su informe de 2002 a la Comisión de Derechos Humanos, la utilización de esas garantías en determinadas circunstancias, instando a los Estados a que

<sup>1380</sup> *Agiza v. Sweden*, Comunicación No. 233/2003, 24 de mayo de 2005, párrs. 13.3 y 13.4 (se omite la cita).

procuren que ‘las personas que se propongan extraditar ... no sean entregadas a menos que ... se haya dado una garantía inequívoca ... de que ... no serán sometidas a torturas ni a ninguna otra forma de malos tratos a su llegada’. Esto, que es precisamente lo que hizo el Estado Parte, es lo que ahora encuentra defectuoso el Comité. Al mismo tiempo, el Estado Parte tenía derecho a aceptar las garantías facilitadas, y de hecho desde entonces ha dedicado esfuerzos considerables a seguir la situación en Egipto. Sea cual fuere la situación, lo que debería hacerse si se repitiera actualmente es algo a lo que no tiene que responderse ahora. No obstante, está muy claro que en el momento en que el Estado Parte expulsó al autor actuó de buena fe y de manera compatible con lo exigido en el artículo 3 de la Convención. Por consiguiente, llegó a la conclusión de que en el caso de que se trata la expulsión del autor no constituyó una violación del artículo 3 de la Convención.”<sup>1381</sup>

593. El Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, Álvaro Gil-Robles, también se ha declarado preocupado por los riesgos que entraña confiar en las seguridades por vía diplomática:

“La debilidad inherente a la práctica de las seguridades diplomáticas radica en que, cuando se necesitan esas garantías, hay claramente un riesgo manifiesto de tortura y malos tratos. Dado el carácter absoluto de la prohibición de tortura o tratos inhumanos o degradantes, las seguridades oficiales no pueden ser suficientes cuando sigue habiendo riesgo. Como ha observado el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la cuestión de la tortura, esas garantías deben ser inequívocas y debe existir un sistema para vigilar su cumplimiento. Al evaluar la fiabilidad de las garantías diplomáticas, un criterio básico ha de ser que el Estado receptor no practique ni condone la tortura o los malos tratos y que ejerza un control efectivo sobre los actos de agentes no estatales. En todas las demás circunstancias, es muy discutible considerar que las garantías puedan proporcionar salvaguardias inequívocas contra la tortura y los malos tratos.”<sup>1382</sup>

594. Varios tribunales nacionales han cuestionado el valor de las seguridades por vía diplomática del respeto de los derechos humanos<sup>1383</sup>. En particular, en la causa *Suresh v. Canada*, el Tribunal Supremo del Canadá declaró lo siguiente:

<sup>1381</sup> *Agiza v. Sweden*, Comunicación No. 233/2003, 24 de mayo de 2005, voto particular parcialmente disconforme del miembro del Comité Sr. Alexander Yakovlev, párr. 2.

<sup>1382</sup> Informe del Sr. Álvaro Gil-Robles, Comisario de Derechos Humanos, sobre su visita a Suecia, 21 a 23 de abril de 2004, Consejo de Europa, CommDH(2004)13, 8 de julio de 2004, párr. 19.

<sup>1383</sup> *Suresh v. Canada*, nota 471 *supra*; *Youssef v. The Home Office*, Tribunal Supremo, Queen’s Bench Division, causa No: HQ03X03052 [2004] EWHC 1884 (QB), 30 de julio de 2004 “Así pues, debería haber quedado muy claro que, aunque se dieran seguridades de que no se iba a practicar la tortura en una ocasión, resultaría extremadamente difícil permitir a un tribunal impedir de que dichas seguridades serían suficientes”; *In the Matter of Ashraf al-Jailani*, Oficina Ejecutiva de Examen de Casos de Inmigración, Tribunal de Inmigración de los Estados Unidos, York, Pennsylvania, expediente No. A 73 369 984, 17 de diciembre de 2004 (en Human Rights Watch, *Still at Risk: Diplomatic Assurances No Safeguard Against Torture*, vol. 17, No. 4 (D), abril de 2005, pág. 44); *Mahjoub v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* [2005] F.C.J. No. 173, 31 de enero de 2005; *Advies inzake N. Kesbir*, Hoge Raad der Nederlanden, Tribunal de Apelaciones de los Países Bajos, EXU 2002/518, 02853/02/U-IT, 7 de mayo de 2004 (en Human Rights Watch, *Still at Risk: Diplomatic Assurances No Safeguard Against Torture*, vol. 17, No. 4 (D), abril de 2005, pág. 72); *De Staat der Nederlanden (Ministerie van Justitie) Tegen N. Kesbir*, Tribunal de Apelaciones de los Países Bajos, Het Gerechtshof’s Gravenhage, LJN, AS3366, 04/1595 KG, 20 de enero de 2005 (en Human Rights

“123. No sólo se debe informar al refugiado del caso que tiene que solventarse, sino que se le ha de dar la oportunidad de refutar la información del Ministro cuando se cuestione su validez. En consecuencia, se debería permitir al refugiado que presentara pruebas de conformidad con el artículo 19 de la Ley, demostrando que su constante presencia en el Canadá no resultaría perjudicial para el país, a pesar de su comprobada vinculación a una organización terrorista. Lo mismo cabe decir del riesgo de sufrir torturas a su regreso. Cuando el Ministro se base en seguridades presentadas por escrito por un Gobierno extranjero de que una persona no será torturada, deberá darse al refugiado la posibilidad de presentar pruebas y exponer argumentos sobre la validez de estas seguridades.

124. Quizás sea útil hacer otras observaciones sobre las seguridades. Cabe distinguir entre las seguridades dadas por un Estado en el sentido de que no aplicará la pena de muerte (mediante un proceso legal) y las relativas a la práctica de la tortura (que es un procedimiento ilegal). Es difícil confiar demasiado en las seguridades dadas por un Estado de que en el futuro no va a practicar la tortura cuando en el pasado la ha practicado o ha permitido que otros lo hagan en su territorio. La dificultad es extrema en los casos en que la tortura no sólo se aplica con la connivencia del Estado, sino que es consecuencia de la incapacidad de éste de controlar el comportamiento de sus funcionarios. De ahí la necesidad de distinguir entre las seguridades relativas a la pena de muerte y las referidas a la tortura. Las primeras son más fáciles de controlar y, en general, más dignas de crédito que las segundas.

125. Al evaluar las seguridades dadas por un gobierno extranjero, el Ministro podría tener en cuenta también los antecedentes de dicho gobierno en cuanto a los derechos humanos y al cumplimiento de las seguridades, y su capacidad de cumplirlas, en particular cuando hay dudas sobre su capacidad de controlar a sus fuerzas de seguridad. Además, cabe recordar que, para que pueda considerarse un refugiado de conformidad con la Convención, la persona en cuestión debe demostrar que su temor a sufrir persecuciones (aunque no necesariamente torturas) si es deportado tiene un fundamento válido.”<sup>1384</sup>

#### 4. Expulsión de un extranjero a un Estado que no tiene la obligación de admitirlo

595. 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

Watch, *Still at Risk: Diplomatic Assurances No Safeguard Against Torture*, vol. 17, No. 4 (D), abril de 2005, pág. 75); *Minister of Justice for Canada v. Rodolfo Pacificador (Canada v. Pacificador)*, Tribunal de Apelaciones de Ontario, No. C32995, 1º de agosto de 2002 (“En mi opinión, cuando se considera el caso en su totalidad, el hecho de que Filipinas no haya proporcionado explicaciones aceptables de lo ocurrido en el pasado o seguridades adecuadas sobre lo que podría ocurrir en el futuro debilita gravemente este aspecto fundamental de la decisión del Ministro”) (en relación con la extradición); y *The Government of the Russian Federation v. Akhmed Zakaev*, Tribunal de Magistrados de Bow Street, Decisión del Hon. T. Workman, 13 de noviembre de 2003 (en Human Rights Watch, *Empty Promises: Diplomatic Assurances No Safeguard Against Torture*, vol. 16, No. 4 (D), abril de 2004, pág. 29).

<sup>1384</sup> *Suresh v. Canada*, nota 471 *supra*, párrs. 123 a 125.

recibe a negarse a admitir a dicha persona si no tiene la obligación de hacerlo<sup>1385</sup>. En consecuencia, también se ha sugerido que el Estado que expulsa no viola el derecho internacional al expulsar al extranjero a un Estado que no tienen la obligación de recibir a esa persona, dado que el Estado que recibe aún puede ejercer su derecho a denegar la entrada del extranjero<sup>1386</sup>. Y al 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<sup>1387</sup>.

## VIII. Requisitos procesales

596. La expulsión de un extranjero debe cumplir determinados requisitos procesales<sup>1388</sup>. Como ya se ha señalado, las normas generales sobre el trato de los

<sup>1385</sup> “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.” Richard Plender, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pág. 468.

<sup>1386</sup> “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. Sin embargo, puede haber circunstancias en las que 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. Además, la expulsión de un extranjero violará la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados si se trata de un refugiado y es devuelto, por cualquier forma que sea, a las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.” *Ibid.*, págs. 468 y 469 (se omiten las citas).

<sup>1387</sup> “Esta cuestión relativa al país está directamente relacionada con la cuestión del modo en que se ejerce el derecho de expulsión. 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, sólo puede deportarlo a un país que esté dispuesto a recibirlo o al país de su nacionalidad”. D. P. O’Connell, *International Law*, vol. 2, 2ª ed., Londres, Stevens & Sons, 1970, pág. 710 (se omite la cita). “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”. Richard Plender, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pág. 468.

<sup>1388</sup> “Sin embargo, el derecho a expulsar o deportar, al igual que el derecho a denegar la admisión, debe ejercerse de conformidad con los principios de derecho internacional generalmente aceptados, en particular las normas internacionales de derechos humanos, tanto materiales como procesales, y con los acuerdos internacionales aplicables, ya sean de carácter mundial, regional o bilateral. En consecuencia, al ejercer el derecho a expulsar o deportar, el Estado debe observar las debidas garantías procesales, tanto internacionales como nacionales (‘de conformidad con sus leyes y reglamentos’); sus funcionarios públicos no pueden actuar arbitrariamente ni abusar de los poderes que les confiere la legislación nacional, y deben actuar de manera razonable y de buena fe en todos los casos”, Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, pág. 89. “Por otro lado, si bien el Estado tiene un amplio margen de discrecionalidad a la hora de ejercer su derecho a expulsar a los extranjeros, su discrecionalidad a este respecto no es absoluta. Así, con arreglo al derecho internacional consuetudinario, ... la manera en que se ejecuta una expulsión ha de ser razonable”, Robert

extranjeros<sup>1389</sup>, así como los requisitos para que la expulsión de los extranjeros sea lícita, han evolucionado a lo largo de los siglos. Los requisitos procesales de la licitud de la expulsión de los extranjeros que se reconocieron inicialmente en la jurisprudencia internacional<sup>1390</sup> y en la práctica de los Estados eran limitaciones de carácter general, como la prohibición de arbitrariedad o de abuso de poder<sup>1391</sup>.

597. Según las circunstancias, las consecuencias del procedimiento de expulsión pueden llegar a ser tan severas como las del proceso penal. Sin embargo, por lo general el procedimiento de expulsión no se califica de procedimiento penal. Por tanto, las garantías en el marco del procedimiento de expulsión no son tan amplias como las que se aplican en el proceso penal<sup>1392</sup>. Así, por ejemplo, no cabría aplicar

---

Jennings y A. Watts, *Oppenheim's International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, pág. 940. “En aquellos casos en que el procedimiento de expulsión en sí vulnera los derechos humanos, la propia expulsión, aun cuando esté razonablemente justificada, debe considerarse contraria al derecho internacional”, Rainer Arnold, “Aliens”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 102 a 107, en especial pág. 104. “Una expulsión basada en una causa justa puede, sin embargo, estar viciada por la manera en que se ejecuta”, Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 263.

<sup>1389</sup> Véase la parte VI.A.4.

<sup>1390</sup> “Como se verá, las demandas y fallas más recientes confirman la existencia de límites tanto materiales como formales del poder de expulsión del Estado”, Richard Plender, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pág. 459. “Son más frecuentes los litigios internacionales basados en un ejercicio riguroso, arbitrario o innecesariamente perjudicial de la facultad de expulsión que los basados en la oportunidad o la necesidad de una expulsión, ya que en este ámbito el Estado goza de amplias facultades discrecionales”, Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, Nueva York, The Banks Law Publishing Co., 1915, págs. 55 y 56 (en referencia a *Casanova (U.S.) v Spain*, 12 de febrero de 1871, Moore’s Arb. 3353). La expulsión no es, al menos teóricamente, una sanción penal ... La expulsión debe por tanto llevarse a cabo con la tolerancia e indulgencia que permitan y requieran las circunstancias y condiciones del caso ... En virtud del derecho a proteger a sus ciudadanos en el extranjero, el Estado de origen del extranjero expulsado puede insistir en que se actúe con dicha tolerancia e indulgencia”, Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim's International Law*, 9ª ed., vol I – Peace (partes 2 a 4), 1996, pág. 945.

<sup>1391</sup> Véase la parte VI.A.1 y 3.

<sup>1392</sup> “Además, si bien las garantías procesales previstas en el artículo 13 son importantes, son mucho más modestas que las que se aplican en los juicios penales con arreglo al artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El artículo 13 sólo exige que el procedimiento se haya establecido con arreglo a la ley y que se dé la oportunidad al extranjero de ‘exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión’, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente y hacerse representar a tal fin ante ella”, David A. Martin, “The Authority and Responsibility of States”, en Alexander T. Aleinikoff y V. Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003, págs. 31 a 45, en especial pág. 39. “La expulsión de un extranjero no es una sanción penal, sino un acto ejecutivo por el que se ordena al extranjero que abandone el Estado. Puede que en algunas ocasiones el poder judicial esté facultado para intervenir en caso de que el poder ejecutivo abuse de su facultad discrecional, pero no siempre se confiere al extranjero el derecho a impugnar la decisión del poder ejecutivo ante los tribunales”, Shigeru Oda, “Legal Status of Aliens”, en Max Sørensen (dir.), *Manual of Public International Law*, Nueva York, St. Martin’s Press, 1968, págs. 481 a 495, en especial págs. 482 y 483. “En una de sus primeras decisiones el Tribunal Supremo sostuvo que el Gobierno no era competente con arreglo a la ley para detener a una persona que supuestamente había entrado en el país de manera ilegal y deportarla sin darle antes la oportunidad de ser oída. No era necesario que la audiencia tuviera lugar en el marco de un proceso judicial, sino que debía ser la adecuada según las circunstancias. La naturaleza atribuida por los tribunales al procedimiento de deportación ha dado lugar a que no se aplique plenamente el principio de las debidas garantías procesales. Así, y aun admitiendo que se trata de una medida rigurosa, la tendencia ha sido la de calificar dicho procedimiento de civil, y no de penal.



el principio de irretroactividad de las leyes penales a las leyes de inmigración relativas a la expulsión<sup>1393</sup>. También se ha considerado que los Estados conservan un amplio margen de discrecionalidad respecto de las garantías aplicables en los procedimientos de expulsión<sup>1394</sup>. Se ha criticado la pertinencia o la justicia de este criterio<sup>1395</sup>.

La deportación no es, por tanto, una sanción penal, y no cabe aplicar la prohibición de las penas crueles e inusuales de la Octava Enmienda a la expulsión derivada de la condena por un delito. Pero al mismo tiempo ha habido un reconocimiento judicial de que la deportación es una sanción drástica, que obliga a interpretar de manera estricta las leyes pertinentes”, Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, págs. 238 y 239 (en referencia a *Yick Wo v. Hopkins* 118 U.S. 356 (1886); *Kaoru Yamataya v. Fisher* 189 U.S. 86 (1903) (*The Japanese Immigrant Case*); *Ludeck v. Watkins* 335 U.S. 160 (1948), así como *Netz v. Ede* [1946] Ch. 224; *R. v. Bottrill, ex parte Küchenmeister* [194.7] 1 K.B. 41) (se omiten otras citas).

<sup>1393</sup> “La expulsión no es, al menos teóricamente, una sanción penal ... Esta consideración permite aplicar las leyes de manera retroactiva, retroactividad que, de no ser así, estaría prohibida...”, Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, pág. 945 y nota 2 (en referencia a *Artukovic v. Immigration and Naturalization Service* (1982), ILR, 79, págs. 378 y 381) (se omiten otras citas). “Pero al parecer no es posible concluir que las leyes sobre deportación sean inconstitucionales por contener disposiciones retroactivas. En la causa *Harisiades v. Shaughnessy*, que sirvió de precedente para todas las demás, el Tribunal Supremo sostuvo que los Estados Unidos estaban facultados para expulsar a un extranjero aunque hubiera residido durante mucho tiempo en el país, que el ejercicio de esta facultad no violaba ni las garantías procesales ni la libertad de expresión, y que la deportación en razón de la pertenencia a una ‘organización subversiva’ antes de la entrada en vigor de la ley no suponía una aplicación retroactiva de la ley que estuviera prohibida por la Constitución. Además, el extranjero que es objeto del procedimiento ‘civil’ de deportación no puede ampararse en las vastas consecuencias de la decisión del Tribunal Supremo en la causa *Miranda*. Esta decisión prohíbe el uso, en los juicios penales, de las declaraciones hechas por una persona que se encuentra detenida, salvo que haya sido previamente informada de su derecho a guardar silencio y del derecho que la asiste a que durante su interrogatorio esté presente un abogado”, Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 239 (en referencia a *Harisiades v. Shaughnessy*, 342 U.S. 580 (1952); *Mandel v. Mitchell*, 325 F. Supp. 620 (1971), anulada por *Kleindienst v. Mitchell*, 408 U.S. 753 (1972); *Miranda v. Arizona* 384 U.S. 436 (1966); *Pang v. INS* 368 F.2d 637 (1966); *Lavoie v. INS*, 418 F.2d 732 (1969), *cert. den.* 400 U.S. 854 (1970); *Valeros v. INS*, 387 F.2d 921 (1967); y *Kung v. District Director*, 356 F. Supp. 571 (1973)).

<sup>1394</sup> “Las normas internacionales de derechos humanos imponen determinados requisitos procesales a la adopción de decisiones de expulsión, pero los claros límites que se han establecido respecto de estas obligaciones ponen de manifiesto el amplio margen de discrecionalidad que, incluso en este ámbito, conservan los Estados”, David A. Martin, “The Authority and Responsibility of States”, en T. Alexander Aleinikoff y V. Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003, págs. 31 a 45, en especial pág. 39.

<sup>1395</sup> “En opinión de este autor, no es deseable ni necesario adoptar la costumbre de algunos tribunales nacionales de considerar que la deportación ‘no es una sanción penal’ y, basándose en esta consideración, inferir determinadas consecuencias, como la inexistencia del derecho a recurrir. Véase, por ejemplo, *Muller v. Superintendent, Presidency Jail, Calcutta*, [1955] I.L.R. 497 (Tribunal Supremo de la India); *Bugajewitz v. Adams* 228 U.S. 589 (1913), *per* Holmes J., pág. 591: ‘la deportación tampoco es una sanción penal; se trata, simplemente, de la negativa del gobierno a acoger a personas que no quiere’ en *Lavoie v. INS* 418 F.2d 732 (1969) el tribunal sostuvo que el procedimiento de deportación era civil y no penal; por tanto, no eran aplicables las garantías derivadas de la Sexta Enmienda que se afirmaron en *Miranda v. Arizona* 384 U.S. 436 (1966); pero véase, a este respecto, *Woodby v. INS* 385 U.S. 276 (1966), pág. 285; *Gastelum-Quiñones v. Kennedy* 374 U.S. 469 (1963), pág. 479. Más recientemente, en *Santelises v. INS* 491 F.2d 1254 (1974), se sostuvo que la naturaleza civil del procedimiento significaba que la deportación no podía equivaler a una ‘sanción cruel e inusual’ contraria a las Enmiendas Octava y Decimocuarta; compárese con la opinión del Tribunal Supremo sobre la pena capital (*Furman v. Georgia* 92 S.Ct. 2726 (1972), esp. *per* Brennan J. en las págs. 2742 a 2748), y sobre

598. En un estudio sobre la expulsión de inmigrantes elaborado por la Secretaría hace más de 50 años se examinaron los requisitos procesales de la expulsión de los extranjeros. Aunque desde entonces ha habido cambios significativos en el derecho internacional y en el derecho nacional, muchas de las cuestiones planteadas en dicho estudio siguen siendo pertinentes en la actualidad.

“El criterio de que la expulsión, más que una sanción de carácter penal, constituye una medida de policía administrativa inspirada en el interés del Estado, ha hecho que en muchos países se fijaran procedimientos diversos al respecto. Tal criterio hace que los procedimientos de expulsión de un extranjero no estén rodeados de las garantías que de ordinario se reconocen en los procesos judiciales: debida notificación de los cargos, garantías respecto de allanamientos e incautaciones indebidas, comparecencia y examen obligatorios de testigos, derecho a la asistencia letrada, derecho de apelación, prescripción extintiva, amnistía, etc. Debido al carácter que por ese criterio se atribuye a la medida de expulsión, asimilándola a una medida administrativa corriente, en muchos países las disposiciones legales vigentes en la materia no disponen nada sobre el procedimiento que se debe seguir con motivo de una orden de expulsión o para la aplicación de ella, o bien se limitan a indicaciones de carácter muy general orientadas más bien a velar por la eficacia del sistema administrativo de expulsión que a proteger a las personas afectadas.

Esta forma de considerar la medida de expulsión ha sido a menudo objeto de críticas. Se han objetado, en efecto, los poderes discrecionales ilimitados de las autoridades administrativas para apreciar los fundamentos de la expulsión, así como para fijar a su arbitrio el procedimiento que deba seguirse. Se ha dicho que ‘la deportación es una sanción penal. La deportación implica primero el arresto, la privación de libertad de la persona en cuestión, luego, el alejamiento de su hogar, de su familia, de sus negocios y bienes ... Toda persona sabe que una separación forzada del hogar, de la familia, de los amigos y de los negocios, equivale a una sanción penal ...’ Es, inclusive, ‘una pena más severa que la pérdida de la libertad derivada de una reclusión de varios años’. De ahí que, además del proyecto de restringir, por convenios internacionales, los poderes discrecionales de los Estados en materia de expulsión de extranjeros y de los casos previstos en el ordenamiento jurídico de diversos países en que se admite la expulsión, se haya sugerido establecer una estrecha relación entre los procedimientos de expulsión y las autoridades judiciales, y reconocer a las personas en cuestión todas las garantías vigentes en los juicios penales. Se ha sostenido que la competencia judicial en esta materia contribuiría a que se atendiesen las circunstancias personales de cada caso y a que, por lo tanto, se evitase el riesgo de lesionar intereses legítimos de las personas de que se trata. Esta reforma se justificaría especialmente en aquellos casos en que la acción de la persona afectada que se señala como causa de la expulsión constituya un delito previsto por el código penal, así como en aquellos en que la apreciación de los hechos que se toman como

---

la expatriación (*Trop v. Dulles* 356 U.S. 86 (1958), pág. 102). Por lo que respecta al derecho de la República Federal de Alemania, Schiedermaier ha señalado que ‘die Ausweisung ist im übrigen eine Verwaltungsmassnahme und keine Strafe’ [‘La expulsión generalmente es una medida administrativa y no una sanción penal’] y que, por tanto, no cabe aplicar el principio *ne bis in idem* cuando se ordena la expulsión tras la condena y la pena. La conclusión fue similar en *U.S. v. Ramírez-Aguilar* 455 F.2d 486 (1972)”, Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, págs. 257 y 258, nota 3.

causa deba más bien depender de un tribunal, en vez de quedar a la discreción de un órgano administrativo.

A raíz de estas sugerencias se adoptaron en algunos países normas procesales que establecen garantías para las personas a punto de ser expulsadas, garantías que se hacen efectivas mediante una fiscalización de los poderes discrecionales de los organismos administrativos y mediante un procedimiento en que los méritos de la causa son considerados por autoridades judiciales o semijudiciales, sea antes de dictarse la orden de expulsión o cuando se interpone contra ésta un recurso de apelación, etc. Sin embargo, este proceso está aún lejos de ser perfecto y en muchos casos las respectivas disposiciones legales no proporcionan la protección necesaria a la persona amenazada de expulsión, protección que debiera ser semejante, si no idéntica, a la que goza el acusado en un juicio criminal. Además, esta evolución a favor del extranjero está lejos de tener carácter universal, pues en muchos países la aplicación de las leyes y la administración de justicia son funciones de un mismo órgano, y las autoridades administrativas siguen teniendo poderes exclusivos para disponer la expulsión de extranjeros.”<sup>1396</sup>

599. La evolución de las normas internacionales de derechos humanos a lo largo del siglo XX ha dado lugar al establecimiento de requisitos procesales más específicos para la licitud de la expulsión de los extranjeros. Los requisitos procesales básicos de la expulsión de los extranjeros han sido abordados en los tratados y en la jurisprudencia internacional. En la legislación nacional figuran generalmente requisitos procesales más específicos. Las leyes nacionales de los Estados a menudo reproducen las normas internacionales de derechos humanos<sup>1397</sup>. Las leyes nacionales de algunos Estados prevén garantías aun mayores en los procedimientos de expulsión, similares a las aplicables en los procesos penales<sup>1398</sup>.

<sup>1396</sup> Naciones Unidas, “Estudio sobre la expulsión de inmigrantes”, Secretaría, 10 de agosto de 1955, págs. 1 a 77, en especial págs. 28 a 30, párrs. 45 a 47 (ST/SOA.22 y Corr.2 (sustituye a Corr.1)) (en referencia, respectivamente, al Magistrado Sr. Brewer en la causa *Fong Yue Ting v. United States* (U.S.698/1893), opinión disidente, y al Magistrado Sr. Rutledge en la causa *Knauer v. United States* (14 U.S. Law Week 4450/1946), opinión disidente (se omiten otras citas y referencias cruzadas)).

<sup>1397</sup> “En muchos países la facultad de expulsión o deportación está regulada por ley, que especifica los supuestos en los que se puede ejercitar y las garantías procesales que deben respetarse. Estas leyes normalmente reflejan los principios internacionales de derechos humanos generalmente aceptados. Así, normalmente prevén que sólo podrá expulsarse o deportarse a una persona del territorio de un Estado por motivos razonables y mediante una orden escrita que se ajuste a derecho; que dicha orden debe notificarse a la persona que se pretende expulsar o deportar, junto con los motivos en los que se basa, y que debe darse al extranjero oportunidad razonable de impugnar la legalidad o la validez de la orden en el marco de un procedimiento apropiado ante un tribunal de justicia. El requisito de que la orden de deportación o expulsión sea escrita y se ajuste a la legislación del Estado tiene como finalidad proteger al interesado frente a un ejercicio arbitrario de la facultad de expulsión [véase la Norma Rectora 4]”, Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, pág. 91 (se omite la sangría del párrafo).

<sup>1398</sup> “Los procedimientos de inmigración deben respetar los principios generales en materia de garantías procesales. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dedica un artículo específico, el artículo 13, al procedimiento de expulsión ... Los derechos de carácter procesal garantizados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos son menos estrictos que los que se garantizan en el marco del proceso penal. Cabe señalar, sin embargo, que en muchos Estados existen garantías que sobrepasan significativamente las previstas en el artículo 13, como, por ejemplo, el derecho de acceso de los extranjeros, en el marco del procedimiento de

600. De las distintas legislaciones nacionales pueden inferirse principios generales relativos a las garantías que deben imperar en los procedimientos de expulsión. También puede ser útil examinar en qué medida las garantías previstas en los instrumentos internacionales respecto del proceso penal podrían aplicarse mutatis mutandis para que en el procedimiento de expulsión se respeten las garantías procesales.

## A. Naturaleza del procedimiento

601. Las legislaciones nacionales difieren considerablemente en lo referente a la naturaleza del procedimiento que puede conducir a la expulsión de un extranjero. En algunos Estados la expulsión puede incluso ser el resultado de distintos procedimientos, dependiendo de la naturaleza de la expulsión de que se trate (a saber, política, penal o administrativa)<sup>1399</sup>. El Estado puede atribuir la competencia para adoptar una decisión de expulsión o su revocación exclusivamente a un órgano ejecutivo<sup>1400</sup>, o bien prever supuestos en los que baste una decisión administrativa, y no judicial, para expulsar al extranjero<sup>1401</sup>. Cabe que el Estado permita expresamente a una autoridad subestatal ordenar una expulsión<sup>1402</sup>. El Estado puede especificar supuestos en los que es necesaria o suficiente una sentencia o una orden de un tribunal para llevar a cabo una expulsión<sup>1403</sup>. Se puede dar prioridad, en el ámbito judicial, a los casos de expulsión frente a otros asuntos<sup>1404</sup>.

602. El Estado puede incoar el procedimiento de expulsión a instancias de un funcionario público<sup>1405</sup> o a raíz de una orden de detención internacional<sup>1406</sup>, de una

---

expulsión, a un tribunal independiente del órgano que adoptó la decisión inicial, el derecho a estar representado por un abogado y el derecho a presentar pruebas y a examinar las presentadas en su contra”, Alexander T. Aleinikoff, véase la nota 119 *supra*, pág. 19. “Y la mayoría de los países desarrollados aplican, de hecho, procedimientos que rebasan ampliamente estos requisitos mínimos”, David A. Martin, “The Authority and Responsibility of States” en T. Alexander Aleinikoff y V. Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003, págs. 31 a 45, en especial pág. 39.

<sup>1399</sup> Por ejemplo, el ordenamiento jurídico suizo prevé tres procedimientos distintos para la expulsión de un extranjero, que corresponden a tres tipos distintos de expulsión: 1) la expulsión política (Suiza, Constitución Federal, artículo 121, párr. 2); 2) la expulsión administrativa (Suiza, Ley Federal de 1931, artículos 10 y 11), y 3) la expulsión judicial penal (Suiza, Código Penal, artículo 55, y Suiza, Código Penal Militar, artículo 40).

<sup>1400</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 28 1) y 2); Brasil, Ley de 1980, artículo 65; Francia, Código, artículo L522-2; Madagascar, Decreto de 1994, artículo 37, Ley de 1962, artículos 14 y 16; Panamá, Decreto Ley de 1960, artículos 85 y 86, y Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 119.

<sup>1401</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 21 1) y 28 1); Nigeria, Ley de 1963, artículo 25; Paraguay, Ley de 1996, artículo 84; Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 109; España, Ley de 2000, artículo 23 3) b) y c); Suecia, Ley de 1989, capítulo 4, artículos 4 y 5, y Estados Unidos, INA, artículos 235 c) 1), 238 a) 1) y c) 2) C) 4), y 240.

<sup>1402</sup> China, Disposiciones de 2003, artículo 187.

<sup>1403</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 27 2) y 47 2); Canadá, Ley de 2001, artículo 77 1); China, Disposiciones de 2003, artículo 183; Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículo 16 6); Nigeria, Ley de 1963, artículos 19 1), 44 y 48 1); Paraguay, Ley de 1996, artículos 38 y 84; Portugal, Decreto Ley de 1998, artículos 102, 109 y 126 1); España, Ley de 2000, artículos 23 3) a) y 57 7); Suecia, Ley de 1989, capítulo 4, artículos 8 y 9, y Estados Unidos, INA, artículos 238 c) 1) y 2) C) 4), 279, 502 y 503 c).

<sup>1404</sup> Nigeria, Ley de 1963, artículo 43 1).

<sup>1405</sup> Australia, Ley de 1958, artículo 203 2) y 4) a 7); Nigeria, Ley de 1963, artículo 19 3), y República de Corea, Ley de 1992, artículos 58 y 67.

<sup>1406</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 27 2) y 47 2).

resolución judicial firme y vinculante<sup>1407</sup> o de información operacional pertinente de que dispongan las autoridades del Estado<sup>1408</sup>. La legislación pertinente puede especificar la forma, el contenido o el modo de presentación de una solicitud u otra petición formal de expulsión del extranjero<sup>1409</sup>. Un Estado puede prever expresamente la anulación de un visado u otro tipo de permiso a raíz de la expulsión del extranjero<sup>1410</sup>.

603. Puede aplicarse un procedimiento de expulsión sumario o especial cuando el extranjero carezca manifiestamente de la posibilidad de obtener una autorización de entrada<sup>1411</sup> o cuando puedan existir motivos de expulsión basados en la entrada ilegal<sup>1412</sup>, el incumplimiento de algunos requisitos de admisión<sup>1413</sup>, determinados actos delictivos o motivos conexos<sup>1414</sup>, el orden público del Estado<sup>1415</sup>, la seguridad nacional<sup>1416</sup>, los intereses nacionales<sup>1417</sup>, determinados motivos económicos<sup>1418</sup>, determinados motivos relacionados con las buenas costumbres<sup>1419</sup> o determinadas infracciones del derecho internacional<sup>1420</sup>. Cabe también que se aplique un procedimiento especial cuando el extranjero no sea nacional de un Estado que tenga una relación o arreglo especial con el Estado que expulsa<sup>1421</sup>.

<sup>1407</sup> *Ibid.*

<sup>1408</sup> *Ibid.*

<sup>1409</sup> Belarús, Decisión del Consejo de 1999, artículo 3, Ley de 1998, artículo 15; Brasil, Decreto de 1981, artículo 101; Camerún, Decreto de 2000, artículo 62 1); Canadá, Ley de 2001, artículos 44 1) y 77 1); Japón, Orden de 1951, artículos 62 y 65; Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 111 2), y Estados Unidos, INA, artículos 238 c) 2) A) y B), y 503 a) 1) y 2).

<sup>1410</sup> Belarús, Decisión del Consejo de 1999, artículo 5, Ley de 1998, artículo 15; Brasil, Decreto de 1981, artículo 85 II), Ley de 1980, artículo 48 II); Paraguay, Ley de 1996, artículo 39, y España, Ley de 2000, artículo 57 4).

<sup>1411</sup> Suiza, Reglamento de 1949, artículo 17 1).

<sup>1412</sup> Belarús, Decisión del Consejo de 1999, artículo 3, y Nigeria, Ley de 1963, artículo 25 1) y 2). Si un acuerdo internacional no establece ningún procedimiento especial de entrega entre los Estados interesados, el extranjero puede ser entregado, para su expulsión, a las autoridades internas del Estado que expulsa (Belarús, Decisión del Consejo 1999, artículo 3).

<sup>1413</sup> Brasil, Decreto de 1981, artículo 104, Ley de 1980, artículo 70; Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículos 13 4), 5), 5bis), 5ter), y 15, y Suecia, Ley de 1989, capítulo 4, artículo 6.

<sup>1414</sup> Canadá, Ley de 2001, artículos 77 a 81; Chile, Decreto de 1975, artículo 87; Colombia, Decreto de 1995, artículo 89 1) y 7); Francia, Código, artículo L532-1; Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículos 13 3), 3bis) a 3quater), y 16 6), Decreto Ley de 1996, artículo 7 3); Japón, Orden de 1951, artículos 63 a 65; Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 115; España, Ley de 2000, artículo 57 7); Suecia, Ley de 1989, capítulo 4, artículos 8 y 9, y Estados Unidos, INA, artículo 238.

<sup>1415</sup> Brasil, Decreto de 1981, artículo 104, Ley de 1980, artículo 70; Colombia, Decreto de 1995, artículo 89 2) y 3), e Italia, Decreto Ley de 1996, artículo 7 2).

<sup>1416</sup> Brasil, Decreto de 1981, artículo 104, Ley de 1980, artículo 70; Canadá, Ley de 2001, artículos 77 a 81; Colombia, Decreto de 1995, artículo 89 2) y 3), y Estados Unidos, INA, artículos 235 c) y 502 a 504.

<sup>1417</sup> Irán, Ley de 1931, artículo 12.

<sup>1418</sup> Brasil, Decreto de 1981, artículo 104, Ley de 1980, artículo 70.

<sup>1419</sup> *Ibid.*

<sup>1420</sup> Canadá, Ley de 2001, artículos 77 y 78.

<sup>1421</sup> Francia, Código, artículo L531-3.

## B. Garantías procesales

### 1. Principio de no discriminación

604. El principio de no discriminación no sólo es pertinente respecto de la adopción de la decisión de expulsar o no a un extranjero (véanse las partes VII.A.7 y VII.B.6), sino también en relación con las garantías procesales que han de respetarse. En su observación sobre el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece las garantías procesales respecto de la expulsión de extranjeros, el Comité de Derechos Humanos subrayó lo siguiente:

“En la aplicación del artículo 13 no se puede discriminar entre las diferentes categorías de extranjeros.”<sup>1422</sup>

605. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha expresado su preocupación ante casos de discriminación racial al expulsar a extranjeros, también en lo relativo a las garantías procesales<sup>1423</sup>. En su recomendación general No. XXX el Comité recomendó a los Estados partes en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial que no discriminaran por motivos de raza, color u origen étnico o nacional al expulsar a extranjeros y que se les permitiera utilizar recursos efectivos en caso de expulsión:

“[El Comité] recomienda [...] que los Estados Partes en la Convención, con arreglo a sus circunstancias específicas, adopten las siguientes medidas:

[...]

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.”<sup>1424</sup>

606. El Comité de Derechos Humanos hizo hincapié en la prohibición de discriminación por motivo de sexo en relación con el derecho de un extranjero o extranjera a impugnar su expulsión:

“Los Estados Partes deben velar por que se reconozca a las mujeres extranjeras, en condiciones de igualdad, el derecho a presentar argumentos contra su expulsión y a lograr que se revise su situación en la forma prevista en el artículo 13. En este contexto, las mujeres extranjeras deberán tener derecho a aducir argumentos basados en infracciones del Pacto que afecten concretamente a la mujer, como las mencionadas en los párrafos 10 y 11 *supra*.”<sup>1425</sup>

<sup>1422</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación general No. 15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 11 de abril de 1986, párr. 10.

<sup>1423</sup> Véanse, en particular, las observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Francia, 1º de marzo de 1994, A/49/18, párr. 144: “Se expresa preocupación por el hecho de que la aplicación de estas leyes [a saber, las leyes de inmigración y asilo] podría tener consecuencias racialmente discriminatorias, en especial en relación con la imposición de limitaciones al derecho de apelación a las órdenes de expulsión y la disposición relativa a la detención preventiva de extranjeros en puntos de entrada por períodos excesivamente largos”.

<sup>1424</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, véase la nota 1164 *supra*, párr. 25.

<sup>1425</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación general No. 28: Relativa al artículo 3, Igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 29 de marzo de 2000, párr. 17. Entre las infracciones que afectan concretamente a la mujer mencionadas en los párrafos 10 y 11 figuran el infanticidio de

## 2. Derecho a recibir notificación del procedimiento de expulsión

607. En la legislación de algunos Estados figura la obligación de notificar en tiempo oportuno al extranjero la incoación y/o el estado en que se encuentra el procedimiento de su expulsión. El Estado puede prever la notificación al extranjero de un procedimiento de expulsión eventual, previsto o ya incoado<sup>1426</sup>, de un procedimiento que pueda afectar a la condición de protegido del extranjero<sup>1427</sup> o de la inclusión del extranjero en una lista de personas cuya entrada al país está prohibida<sup>1428</sup>. El Estado puede exigir que la notificación contenga 1) información sobre los procedimientos eventuales o futuros y sobre los derechos u opciones del extranjero al respecto<sup>1429</sup>, o 2) las conclusiones o los motivos de las decisiones preliminares<sup>1430</sup>. El Estado también puede precisar el lugar<sup>1431</sup> o la manera<sup>1432</sup> en que ha de efectuarse la notificación.

## 3. Detención durante el procedimiento

608. El extranjero puede ser detenido durante el procedimiento de expulsión. La detención de un extranjero en estas circunstancias estaría sujeta a las normas

---

niñas, la quema de viudas y los asesinatos por causa de dote, la violencia en el hogar y otros tipos de violencia contra la mujer, como la violación, el aborto o la esterilización forzados y la mutilación genital.

<sup>1426</sup> Australia, Ley de 1958, artículo 203 2); Belarús, Decisión del Consejo de 1999, artículo 17, Ley de 1998, artículo 29; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 8 2); Canadá, Ley de 2001, artículos 170 c) y 173 b); Chile, Decreto de 1975, artículo 90; República Checa, Ley de 1999, artículo 124 1) y 2); Francia, Código, artículos L213-2, L512-2, L522-1 1), L522-2 y L531-1; Hungría, Ley de 2001, artículo 42 1); Irán, Ley de 1931, artículo 11, Reglamento de 1973, artículo 16; Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículos 13 5) y 7) y 16 6), Ley No. 40 de 1998, artículo 11 7), Decreto Ley de 1996, artículo 7 3); Japón, Orden de 1951, artículos 47 3) y 4) y 48 1) y 3); Madagascar, Decreto de 1994, artículo 35, Ley de 1962, artículo 15; Malasia, Ley de 1959-1963, artículo 9 3); Nigeria, Ley de 1963, artículo 7 1); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículos 58, 85 y 86; Paraguay, Ley de 1996, artículo 35 a); Portugal, Decreto Ley de 1998, artículos 22 2) y 120 1) y 2); República de Corea, Ley de 1992, artículos 59 3), 60 5) y 89 3); España, Ley de 2000, artículos 26 2) y 57 9); Reino Unido, Ley de 1971, artículo 6 2), y Estados Unidos, INA, artículos 238 b) 4) A) y D), 238 c) 2) A), 3) B) y 5), 239 a), 240 b) 5) A) a D), 240 c) 5) y 504 b) 1) y 2).

<sup>1427</sup> Canadá, Ley de 2001, artículo 170 c).

<sup>1428</sup> Portugal, Decreto Ley de 1998, artículos 114 2) y 120 2).

<sup>1429</sup> Belarús, Decisión del Consejo de 1999, artículo 17, Ley de 1998, artículo 29; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 8 2); Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículos 13 5) y 7) y 16 6), Ley No. 40 de 1998, artículo 11 7), Decreto Ley de 1996, artículo 7 3); Japón, Orden de 1951, artículos 47 4) y 48 3); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 58; Paraguay, Ley de 1996, artículo 35 a); Portugal, Decreto Ley de 1998, artículos 22 2) y 120 2); República de Corea, Ley de 1992, artículos 59 3) y 89 3); Sudáfrica, Ley de 2002, artículo 8 1); España, Ley de 2000, artículos 26 2) y 57 9), y Estados Unidos, INA, artículos 238 b) 4) A), 238 c) 2) A), 3) B) y 5), 239 a), 240 b) 5) A) a D), 240 c) 5) y 504 b) 1) y 2).

<sup>1430</sup> Belarús, Decisión del Consejo de 1999, artículo 17; República Checa, Ley de 1999, artículo 124 2); Francia, Código, artículos L222-3, L522-2 y L531-1; Japón, Orden de 1951, artículo 47 3); Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 22 2), República de Corea, Ley de 1992, artículo 89 3); España, Ley de 2000, artículo 26 2), y Estados Unidos, INA, artículo 504 b) 1).

<sup>1431</sup> Guatemala, Decreto Ley de 1986, artículo 129.

<sup>1432</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 75 5); Francia, Código, artículo L512-3; Nigeria, Ley de 1963, artículo 7 1) a 5); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículos 85 y 86; República de Corea, Ley de 1992, artículo 91 1) a 3), y Estados Unidos, INA, artículos 239 c) y 240 b) 5) A) y B). La legislación pertinente puede exigir que la notificación se haga en persona cuando se trate de una decisión adoptada a raíz de la pretensión del extranjero de obtener la condición de protegido (Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 75 5), y Canadá, Ley de 2001, artículo 169 d)).

internacionales de derechos humanos contenidas en los tratados<sup>1433</sup>. También cabe mencionar a este respecto el Conjunto de Principios para la protección de todas las

<sup>1433</sup> Véanse, en particular, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.”); el artículo 10 del mismo Pacto (“1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas; b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento. 3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.”); el artículo 5 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (“1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: a) Si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente; b) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley; c) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido; d) Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación, o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente; e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo; f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición. 2. Toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1 c) del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a la presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en el juicio. 4. Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal. 5. Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación.”), y el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento



personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, que figura como anexo de la resolución 43/173 de la Asamblea General. El artículo 8 de estos principios tiene especial importancia para la detención durante el procedimiento de expulsión. Con arreglo a dicho principio:

609. “Las personas detenidas [es decir, ‘toda persona privada de la libertad personal, salvo cuando ello haya resultado de una condena por razón de un delito’; *cf.* Uso de los términos, b)] recibirán un trato apropiado a su condición de personas que no han sido condenadas. En consecuencia, siempre que sea posible se las mantendrá separadas de las personas presas”<sup>1434</sup>.

610. Varias legislaciones nacionales permiten la detención del extranjero durante el procedimiento de expulsión. La legislación pertinente puede permitir la detención del extranjero y establecer sus derechos durante la detención<sup>1435</sup>. La detención

---

arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona. 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.” “La detención de inmigrantes durante el procedimiento de inmigración también está sujeta al cumplimiento de las normas de derechos humanos que prohíben ‘la detención o prisión arbitrarias’. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que ‘toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal’. Puede que las normas relativas a la detención y prohibición de la migración impongan cargas especiales a los solicitantes de asilo, menoscabando así sus derechos a solicitar asilo y a ser protegidos frente al *non-refoulement*”, Alexander T. Aleinikoff, véase la nota 119 *supra*, pág. 20 (citando el artículo 9, párr. 4, del Pacto).

<sup>1434</sup> Véase la resolución 43/173 de la Asamblea General, 9 de diciembre de 1988, anexo, Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, principio 8.

<sup>1435</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 70; Australia, Ley de 1958, artículos 5, 177 a 180, 182, 189, 190, 192, 196, 197, 250, 252, 252A, 252AA y 252B a 252G; Austria, Ley de 2005, artículo 3.76 1); Belarús, Decisión del Consejo de 1999, artículos 8 y 9; Brasil, Ley de 1980, artículo 68; Canadá, Ley de 2001, artículos 54 a 60, 57 3) y 82 a 85; Chile, Decreto de 1975, artículo 89; China, Ley de 1986, artículo 27, Disposiciones de 2003, artículo 183; Colombia, Decreto de 1995, artículo 93; República Checa, Ley de 1999, artículos 124 a 151; Francia, Código, artículos L221-1, L221-2, L221-3, L221-4, L222-1, L222-2, L222-3, L224-1, L224-2, L224-3, L224-4 y L551-2; Alemania, Ley de 2004, artículo 62 1); Grecia, Ley de 2001, artículo 44 3) y 5); Hungría, Ley de 2001, artículo 48; Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículo 13 5bis), Ley No. 40 de 1998, artículo 11 3); Japón, Orden de 1951, artículos 2 15), 13 6) y 7), y 39 a 44; Kenya, Ley de 1967, artículos 8 8) y 12 1); Malasia, Ley de 1959-1963, artículo 35; Nigeria, Ley de 1963, artículos 23 1), 25, 31 y 43; Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 60; Polonia, Ley No. 1775 de 2003, artículo 101; Portugal, Decreto Ley de 1998, artículos 24, 107, 117 y 126 1); República de Corea, Ley de 1992, artículos 2 11) y 12), y 51 a 57, Decreto de 1993, artículos 63 a 73 y 75; Suecia, Ley de 1989, capítulo 5, artículos 6 y 7, y capítulo 6, artículos 1 a 9, 11 a 13, 18 y 19; Suiza, Ley Federal de 1931, artículo 13a b), c) y e), y Estados Unidos, INA, artículos 232 a), 235 b) 2), 236, 236A, 238 y 505 a 507. Se pueden aplicar al

puede ir unida a una investigación sobre la eventual expulsión del extranjero<sup>1436</sup>. El Estado puede prohibir o restringir la detención de menores<sup>1437</sup>, mujeres embarazadas<sup>1438</sup>, personas protegidas<sup>1439</sup>, ancianos<sup>1440</sup> o discapacitados<sup>1441</sup>. El Estado puede asimismo establecer disposiciones aplicables exclusivamente a los residentes permanentes<sup>1442</sup>. La legislación pertinente puede permitir el arresto domiciliario, la vigilancia de la residencia u otra forma de control o vigilancia en lugar de la detención del extranjero<sup>1443</sup>.

611. El Estado puede permitir que la detención se produzca antes de que sea notificada formalmente al extranjero<sup>1444</sup>, exigir que la notificación preceda a la detención<sup>1445</sup> o permitir que se lleven a cabo simultáneamente<sup>1446</sup>. La legislación pertinente puede permitir<sup>1447</sup> o prohibir<sup>1448</sup> expresamente que un tribunal ponga en libertad a un extranjero detenido, o autorizarlo a instancias del Gobierno<sup>1449</sup>. El Estado puede imponer una multa o el ingreso en prisión de un extranjero que huya de un centro de detención o incumpla un arresto domiciliario, o que cometa algunos actos durante su detención<sup>1450</sup>. El Estado puede obligarse explícitamente a pagar los gastos derivados de la detención del extranjero<sup>1451</sup>.

#### 4. Derecho a impugnar la expulsión

##### a) Consideraciones generales

612. El derecho de un extranjero a impugnar su expulsión ha sido reconocido en tratados y otros instrumentos internacionales, así como en el derecho nacional y en la bibliografía especializada<sup>1452</sup>.

---

extranjero sospechoso de haber participado en actividades terroristas disposiciones especiales a este respecto (Estados Unidos, INA, artículos 103 a) 11), 236A y 505 a 507).

<sup>1436</sup> Australia, Ley de 1958, artículos 192, 252, 258A y 261AA; Brasil, Ley de 1980, artículo 68; Canadá, Ley de 2001, artículos 55 1) y 2) a), 58 1) b) a d), 58 2) y 82 1); China, Ley de 1986, artículo 27; Hungría, Ley de 2001, artículo 48 1); Kenya, Ley de 1967, artículo 12 1); Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 126 1), y Suecia, Ley de 1989, capítulo 6, artículos 1 y 2 2).

<sup>1437</sup> Australia, Ley de 1958, artículos 4AA, 252A 3) c) ii) y 252B 1) f) y g); Canadá, Ley de 2001, artículo 60 y Suecia, Ley de 1989, capítulo 6, artículos 2 a 5 y 19.

<sup>1438</sup> Belarús, Decisión del Consejo de 1999, artículo 9.

<sup>1439</sup> Austria, Ley de 2005, artículo 3.76 2) y Canadá, Ley de 2001, artículo 55 2).

<sup>1440</sup> Belarús, Decisión del Consejo de 1999, artículo 9.

<sup>1441</sup> *Ibid.*

<sup>1442</sup> Canadá, Ley de 2001, artículo 82 1) y Estados Unidos, INA, artículo 506 a) 2). Es posible que se apliquen disposiciones especiales a este respecto a los residentes permanentes sospechosos de haber participado en actividades terroristas (Estados Unidos, INA, artículo 506 a) 2)).

<sup>1443</sup> Australia, Ley de 1958, artículos 197AB a 197AG; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 43 3); Brasil, Ley de 1980, artículos 72 y 73; China, Ley de 1986, artículo 27, Disposiciones de 2003, artículo 183; Colombia, Decreto de 1995, artículo 93; Irán, Ley de 1931, artículo 12; Madagascar, Ley de 1962, artículo 17 y Suiza, Ley Federal de 1931, artículo 13e.

<sup>1444</sup> Belarús, Decisión del Consejo de 1999, artículo 17.

<sup>1445</sup> República Checa, Ley de 1999, artículo 124 1) y 2).

<sup>1446</sup> Hungría, Ley de 2001, artículos 46 3) y 48 2).

<sup>1447</sup> Canadá, Ley de 2001, artículos 83 y 84 2).

<sup>1448</sup> Australia, Ley de 1958, artículos 183 y 196 3) y República Checa, Ley de 1999, artículo 171.

<sup>1449</sup> Suecia, Ley de 1989, capítulo 6, artículo 12.

<sup>1450</sup> Australia, Ley de 1958, artículos 197A y 197B; Canadá, Ley de 2001, artículos 124 1) b) y 125; Italia, Ley de 2005, artículo 14 4), Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículo 14 5 ter) y 5 quater), Decreto Ley de 1996, artículo 7 3); Japón, Orden de 1951, artículo 72 1) y 2), y República de Corea, Ley de 1992, artículos 95 8) y 9), y 97 5).

<sup>1451</sup> Estados Unidos, INA, artículo 103 a) 11).

<sup>1452</sup> “En el caso *Chevreau*, en el que las autoridades británicas deportaron a un ciudadano francés sospechoso de ser un espía en una zona de Persia que ocupaban, el árbitro único, Sr. Beichmann,

613. El artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho de la persona expulsada, a menos que “razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello”, a exponer las razones que la asistan en contra de su expulsión. Según dicho artículo:

“El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto ... [podrá], a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, ... exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión ...”<sup>1453</sup>

declaró que, en los casos de detenciones, las sospechas deben ser confirmadas mediante una investigación seria, en la que se dé a la persona detenida la oportunidad de defenderse de las sospechas de las que es objeto. Se considera que estos mismos principios se aplican a las deportaciones, aun cuando los Estados que las lleven a cabo no sean signatarios del Pacto de las Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos. Con arreglo al artículo 13 de dicho Pacto, se permitirá a los extranjeros exponer las razones que los asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente a estos efectos y hacerse representar con tal fin ante ella, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello. Es posible que en la actualidad el derecho internacional consuetudinario contenga principios similares a los del artículo 13. La legislación de muchos países contempla la posibilidad de impugnar las órdenes de deportación y de que sean examinadas por los tribunales”, Vishnu D. Sharma y F. Wooldridge, véase la nota 579 *supra*, págs. 405 y 406 (citando el caso *Chevreau*, II UNRIAA, 1113) (se omiten otras citas). “Cabe recordar que la principal irregularidad imputada a Gran Bretaña en el caso *Chevreau* fue la de no investigar las acusaciones contra el extranjero y no darle la oportunidad de defenderse. [...] Existe, sin embargo, cierto apoyo a la tesis de que, salvo que existan consideraciones imperiosas de seguridad nacional, la decisión de deportar a un extranjero de un territorio en el que se halle legalmente es arbitraria a menos que ... se le haya dado la oportunidad de impugnar su deportación ante alguna autoridad competente independiente de la que dispuso su deportación. Esta tesis es un reflejo de la norma general que en Inglaterra se conoce como *audi alteram partem* y que en Francia forma parte de los *droits de la défense*. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, basándose en el derecho comparado, ha expresado este principio del siguiente modo: ‘los destinatarios de decisiones de las autoridades públicas que afecten de manera considerable a sus intereses deben tener la oportunidad de dar a conocer eficazmente sus puntos de vista al respecto’. Este mismo principio figura en el artículo 23 de la Constitución de la URSS y puede considerarse que es un principio general de derecho en el sentido del apartado c) del párrafo 1 del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Dicho principio aparece reflejado en el párrafo 2 del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ... El artículo en su conjunto parece ir más allá de lo que impone el derecho consuetudinario. En particular, la práctica de los Estados no permite sostener que aquellos Estados en los que no se aplica dicho artículo estén obligados a permitir que los extranjeros estén representados, y la redacción del artículo entraña un grado de formalidad en la revisión de la decisión mayor que el exigido por el derecho consuetudinario o los principios generales de derecho. Por este motivo, dicho artículo amplía considerablemente las garantías procesales de los extranjeros en los Estados que han aceptado quedar vinculados por él. No obstante, los trabajos preparatorios del artículo no permiten sustentar la tesis de que el principio aplicado en el caso *Chevreau* ha dejado de ser válido. Por el contrario, parecen aceptar tácitamente la tesis según la cual se debe dar al extranjero la oportunidad de refutar la acusación formulada contra él, salvo en casos de grave necesidad”, Richard Plender, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, págs. 471 y 472 (citando el asunto 17/74, *Transocean Marine Paint v. Comission*, Rec. 1974, págs. 1063 y ss., en especial pág. 1080) (se omiten otras citas).

<sup>1453</sup> Véase Comité de Derechos Humanos, *Giry c. República Dominicana*, Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 20 de julio de 1990, *International Law Reports*, E. Lauterpacht (ed.), C.J. Greenwood, vol. 95, págs. 321 a 327, en especial pág. 325, párr. 5.5 (el Comité estimó que la República Dominicana había vulnerado el artículo 13 del Pacto al no adoptar una decisión “conforme a la ley”, al no dar al interesado la oportunidad de exponer las razones que lo asistían contra su expulsión y al no permitirle someter su caso a revisión ante una autoridad competente).

614. Esta misma garantía figura en el artículo 7 de la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, que figura como anexo de la resolución 40/144 de la Asamblea General <sup>1454</sup>:

“Un extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado ... [podrá], a menos que razones imperiosas de seguridad nacional lo impidan, ... [presentar] sus razones para oponerse a que lo expulsen ...”

615. El apartado a) del párrafo 1 del artículo 1 del Protocolo No. 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales establece lo siguiente:

“Artículo 1 – Garantías procesales relativas a la expulsión de extranjeros

1. Un extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley y se le permitirá:

a) exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión,  
[...]

2. Se podrá expulsar a un extranjero antes de que hayan ejercitado los derechos mencionados en los apartados a), b) y c) del párrafo 1 del presente artículo cuando su expulsión sea necesaria por razones de orden público o se base en motivos de seguridad nacional.”

616. La misma garantía figura en el párrafo 2 del artículo 3 del Convenio Europeo de Establecimiento, según el cual:

“A menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, un nacional de cualquier parte contratante que haya residido legalmente durante más de dos años en el territorio de otra parte contratante no podrá ser expulsado sin habersele permitido antes exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión ...”

617. Cabe mencionar también a este respecto el artículo 7 de la Convención de aplicación de los artículos 55 y 56 del Tratado por el que se establece la Unión Económica del Benelux <sup>1455</sup>, según el cual:

“Los nacionales de una parte contratante autorizados a establecerse en el territorio de otra parte contratante sólo podrán ser expulsados después de que el Ministro de Justicia del país de residencia haya sido informado de ello por una autoridad competente de dicho país ante la cual los interesados puedan hacer valer sus motivos de defensa ...”

618. Las legislaciones nacionales también reconocen el derecho a impugnar la expulsión. Con arreglo a la legislación nacional pertinente, cabe que se permita al extranjero 1) presentar razones o pruebas en contra de su expulsión <sup>1456</sup>;

<sup>1454</sup> Resolución 40/144, Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, 13 de diciembre de 1985.

<sup>1455</sup> Convención de aplicación de los artículos 55 y 56 del Tratado por el que se establece la Unión Económica del Benelux, Bruselas, 19 de septiembre de 1960, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 480, No. 5471, pág. 424.

<sup>1456</sup> Este permiso puede concederse: 1) cuando el extranjero impugna un expulsión o una prohibición de entrada (Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 76 2); Francia, Código, artículo L522-2; Japón, Orden de 1951, artículo 10 3); Madagascar, Ley de 1962, artículo 16; Suecia, Ley de 1989, capítulo 6, artículo 14 y Estados Unidos, INA, artículos 238 b) 4) C) y c)

2) interrogar o examinar a los testigos<sup>1457</sup>; o 3) examinar las pruebas en todos<sup>1458</sup> o en algunos<sup>1459</sup> casos, o únicamente cuando el orden y la seguridad públicos lo permitan<sup>1460</sup>. Sin embargo, el Estado puede denegar al extranjero sospechoso de haber participado en actividades terroristas el derecho a que no se tomen en consideración las pruebas obtenidas ilegalmente<sup>1461</sup>.

## b) Derecho de audiencia

619. El derecho de un extranjero a formular alegaciones contra su expulsión puede ejercerse por distintas vías, entre ellas la celebración de una audiencia.

620. Aunque el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no reconoce expresamente el derecho del extranjero a una audiencia<sup>1462</sup>, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que una decisión de expulsión adoptada sin que el extranjero haya tenido la posibilidad de ser oído con las debidas garantías puede violar el artículo 13 del Pacto:

“El Comité está preocupado también porque la Junta de Inmigración y la Junta de Apelación para los Extranjeros pueden, en ciertos casos, inhibirse y

2) D) i), y 240 b) 4) B)); 2) en determinadas condiciones, cuando el extranjero es sospechoso de haber participado en actividades terroristas (Estados Unidos, INA, artículo 504 c) 2), e) y f)) o 3) cuando el extranjero solicita autorización para volver a entrar en el Estado después de haber sido expulsado (Francia, Código, artículo L524-2).

<sup>1457</sup> Canadá, Ley de 2001, artículo 170 e); Japón, Orden de 1951, artículo 10 3; y Estados Unidos, INA, artículos 238 c) 2) D) i) y 240 b) 4) B). Este permiso puede concederse específicamente cuando el proceso tenga por objeto la pretensión del extranjero de obtener la condición de protegido (Canadá, Ley de 2001, artículo 170 e)) o, en determinadas condiciones, cuando el extranjero es sospechoso de haber participado en actividades terroristas (Estados Unidos, INA, artículo 504 c) 3) y e)). El Estado puede permitir que la autoridad competente ordene la comparecencia de los testigos solicitados por el extranjero (Japón, Orden de 1951, artículo 10 5) y Estados Unidos, INA, artículo 504 d) 1)). Esa autorización puede concederse específicamente cuando el extranjero es sospechoso de haber participado en actividades terroristas (Estados Unidos, INA, artículo 504 d) 1)). En tales circunstancias, el Estado puede, en determinadas condiciones, obligarse a pagar los gastos derivados de la comparecencia de un testigo llamado por el extranjero (Estados Unidos, artículo 504 d) 2)).

<sup>1458</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 76 2) y Estados Unidos, INA, artículo 238 b) 4) C) y c) 2) D) i).

<sup>1459</sup> Suecia, Ley de 1989, capítulo 11, artículo 2.

<sup>1460</sup> Suiza, Ley Federal de 1931, artículo 19 2) y Estados Unidos, INA, artículos 240 b) 4) B), 504 c) 3), d) 5) y e).

<sup>1461</sup> Estados Unidos, INA, artículo 240 e) 1) B).

<sup>1462</sup> “El derecho de audiencia no es tan amplio como el que prevé el artículo 14 3) respecto del proceso penal. La formulación ‘presentar pruebas exculpativas’, que se tomó del artículo 32 2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, se sustituyó en el Comité de Derechos Humanos por ‘exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión’, si bien ello no modificó la sustancia del derecho. Aunque las razones que asisten al extranjero en contra de una expulsión pendiente deberían, por regla general, exponerse en una audiencia oral, el artículo 13, a diferencia del artículo 14 3) d), no confiere el derecho a comparecer personalmente. Sin embargo, en el caso de un refugiado chileno con los Países Bajos, el Comité desestimó la comunicación basándose en que se había dado una oportunidad suficiente al autor para exponer las razones que lo asistían en contra de su expulsión en el marco de un procedimiento formal, que incluía una audiencia oral. En los asuntos *Hammel* y *Giry* se estimó que se había violado el artículo 13 porque no se había dado a los autores la oportunidad de exponer las razones que los asistían en contra de su expulsión y extradición, respectivamente”, Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary*, Kehl am Rhein, N.P. Engel Publisher, 1993, págs. 228 y 229 (en referencia a los casos *Chilean refugee*, No. 173/1984, § 4; *V.M.R.B. v. Canada*, No. 236/1987; *Hammel*, No. 155/1983, §§ 19.2, 20, y *Giry*, No. 193/1985, §§ 5.5, 6).

declinar la jurisdicción en favor del Gobierno, con lo que se dictan decisiones de expulsión y denegación de la inmigración o el asilo sin que los interesados hayan tenido la posibilidad de ser oídos con las debidas garantías. En opinión del Comité, esta práctica puede, en determinadas circunstancias, plantear cuestiones en relación con el artículo 13 del Pacto.”<sup>1463</sup>

621. Varias legislaciones nacionales reconocen el derecho del extranjero expulsado a una audiencia en el marco del procedimiento de expulsión<sup>1464</sup>. Más concretamente, el Estado puede reconocer el derecho del extranjero a que se celebre tal audiencia<sup>1465</sup> o identificar las circunstancias en las que no resulta necesario celebrar una audiencia<sup>1466</sup>. Puede exigirse que la audiencia sea pública<sup>1467</sup> o a puerta cerrada<sup>1468</sup>, o bien que se celebre a puerta cerrada únicamente cuando lo exija la naturaleza de las pruebas<sup>1469</sup>. Si el extranjero no comparece en la audiencia, las autoridades o el tribunal competentes pueden celebrar dicha audiencia si el

<sup>1463</sup> Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Suecia, 1º de noviembre de 1995, A/51/40 (vol. 1), párrs. 73 a 98, en especial párr. 88.

<sup>1464</sup> “La instrucción judicial, basada en una investigación formal y en la prueba de los hechos, es una salvaguardia más segura frente a los abusos que el libre ejercicio, por los gobiernos, de una facultad de expulsión basada en acusaciones vagas e indefinidas. [...] En los sistemas examinados, aunque han sido pocos, se reconoce también la necesidad de una audiencia como requisito imprescindible para la adopción o ejecución de una orden de expulsión. Algunos Estados permiten interponer un recurso sobre el fondo, mientras que otros simplemente permiten formular protestas. Pero en todo caso el extranjero puede impugnar la legalidad de la medida y solicitar que se controle no sólo la ilegalidad formal, sino también la arbitrariedad o el abuso de poder. Una vez más, se hace hincapié en la naturaleza intrínsecamente discrecional del ‘derecho’ de expulsión. Sin embargo, cabe señalar que, si bien las normas de derecho internacional prevén el establecimiento de un sistema de recursos, se reconoce que pueden hacerse excepciones en los casos de ‘seguridad’. La práctica de los Estados parece indicar que en estos casos existe una actitud ambigua en relación con el ejercicio de la facultad de expulsión por otros Estados, lo que en cierta medida apoya la tesis favorable a una discrecionalidad absoluta en asuntos políticos o de seguridad. No obstante, no parece haber ninguna objeción, en principio, a que se introduzcan directrices incluso en este ámbito; el requisito de la buena fe parece hallarse en el perímetro del ámbito de competencia”, Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, págs. 207 y 309 (se omiten las citas). “El derecho internacional consuetudinario tampoco exige que se conceda protección judicial frente a la expulsión, probablemente porque no se reconoce el derecho a permanecer en un territorio extranjero cuando no existen obligaciones contraídas en virtud de tratados. Si el derecho nacional garantiza el acceso del extranjero a los tribunales, por ejemplo, para controlar las expulsiones arbitrarias, esta garantía se basa únicamente en el derecho nacional de que se trate, que a menudo va más allá de lo que impone el derecho internacional”, Karl Doehring, “Aliens, Expulsion and Deportation”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 109 a 112, en especial pág. 111.

<sup>1465</sup> Australia, Ley de 1958, artículo 203 3); Belarús, Ley de 1998, artículo 29; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 76 2); Canadá, Ley de 2001, artículos 44 2), 78 a), 170 b), 173 a) y 175 1) a); Francia, Código, artículos L213-2, L223-3, L512-2, L522-1 I) 2) y L524-1; Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículos 13 5bis), 13bis, 14 4) y 17, Ley No. 40 de 1998, artículo 15 1); Japón, Orden de 1951, artículos 10, 47 4) y 48 1) a 8); República de Corea, Ley de 1992, artículo 89 2); Madagascar, Decreto de 1994, artículos 35 y 36, Ley de 1962, artículo 15; Portugal, Decreto Ley de 1998, artículos 22 1), 118 1) y 2); Suecia, Ley de 1989, capítulo 6, artículo 14, y Estados Unidos, INA, artículos 216 A b) 2), 238 c) 2) D) i), 240 b) 1) y 504 a) 1). Este derecho puede concederse específicamente al extranjero sospechoso de haber participado en actividades terroristas (Estados Unidos, INA, artículo 504 c) 5) g)).

<sup>1466</sup> Canadá, Ley de 2001, artículos 44 2) y 170 f), y Estados Unidos, INA, artículos 235 c) 1) y 238 c) 5).

<sup>1467</sup> Francia, Código, artículos L512-2 y L522-2; y Estados Unidos, INA, artículo 504 a) 2).

<sup>1468</sup> Francia, Código, artículos L512-2 y L522-2; y Estados Unidos, INA, artículo 504 a) 2).

<sup>1469</sup> Canadá, Ley de 2001, artículo 166, y Suecia, Ley de 1989, capítulo 6, artículo 14.

extranjero lo consiente<sup>1470</sup> o si la ley lo permite<sup>1471</sup>. El Estado puede reembolsar los gastos del extranjero relacionados con la audiencia<sup>1472</sup> o exigir un depósito para que el extranjero cumpla las condiciones relativas a la audiencia<sup>1473</sup>.

622. Muchos tribunales nacionales han reconocido, sobre la base de la constitución, la legislación o la jurisprudencia nacionales<sup>1474</sup>, el derecho del extranjero a que se celebre una audiencia a raíz de una orden de expulsión. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos explicó, en *Wong Sang Yung v. McGrath*, las razones para celebrar esta audiencia, así como sus requisitos:

“Cuando la Constitución exige que haya una audiencia, exige que se trate de una audiencia justa, ante un tribunal que cumpla al menos los criterios vigentes de imparcialidad. Una audiencia previa a una deportación afecta a cuestiones básicas para la libertad y la felicidad de las personas, e incluso a la propia vida, dadas las situaciones de conflicto que reinan en la actualidad en los países a los que pueden ser devueltos los extranjeros. Dificilmente podría considerarse que un tribunal de comparecencias para el procedimiento de

<sup>1470</sup> Estados Unidos, INA, artículo 240 b) 2) A) ii).

<sup>1471</sup> Belarús, Ley de 1998, artículo 29; y Francia, Código, artículo L512-2.

<sup>1472</sup> Suecia, Ley de 1989, capítulo 6, artículo 15.

<sup>1473</sup> Canadá, Ley de 2001, artículo 44 3).

<sup>1474</sup> Véase, por ejemplo, *Wong Yang Sung v. McGrath, Attorney-General, et al.*, Estados Unidos, Tribunal Supremo, 20 de febrero de 1950, *International Law Reports*, 1950, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 76, págs. 252 a 256. “Pero el problema de cualquier argumento basado en la premisa de que la ley de deportación no exige una audiencia reside en que, sin dicha audiencia, la deportación no se ajustaría a la Constitución”; “Una deportación sin una audiencia justa o basada en cargos que no estén respaldados por pruebas supone una denegación de las garantías procesales que puede ser corregida mediante hábeas corpus”, *Nicoli v. Briggs*, Estados Unidos, Tribunal de Apelaciones de Secciones, Sección Décima, 7 de abril de 1936, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1935-1937, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 162, págs. 344 y 345, en especial pág. 345. “Por decirlo de manera sencilla, hay tres fases relacionadas entre sí y sucesivas. En la primera, la orden se adopta *ex parte*, tanto desde el punto de vista administrativo como subjetivo, sin un derecho de audiencia (por los motivos ya explicados). En la segunda fase, la orden puede ser impugnada cuando pueda demostrarse que no debería mantenerse o que debería ampliarse el plazo. En esta fase, la función administrativa original desaparece y el órgano asume un papel cuasijudicial, para ‘investigar’ y ‘decidir’ cuestiones que pueden tener graves consecuencias para el interesado. En la tercera fase, el resultado de la impugnación determinará los efectos de la orden y si ésta debe ser anulada, suspendida o ejecutada”, *Brandt v. Attorney-General of Guyana and Austin*, Tribunal de Apelaciones, 8 de marzo de 1971, *International Law Reports*, vol. 70, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 450 a 496, en especial pág. 468; *Re Hardayal and Minister of Manpower and Immigration*, Canadá, Tribunal Federal de Apelaciones, 20 de mayo de 1976, *International Law Reports*, vol. 73, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 617 a 626 (Era necesaria una audiencia para anular el permiso de residencia. Dado que el permiso confería derechos al interesado, el procedimiento de anulación era cuasijudicial y por tanto sujeto a control judicial); *Gooliah c. Reginam and Minister of Citizenship and Immigration*, Tribunal de Apelaciones de Manitoba, Canadá, 14 de abril de 1967, *International Law Reports*, vol. 43, E. Lauterpacht (ed.), págs. 219 a 224 (“El apelante tiene derecho a una audiencia ante un árbitro imparcial. Si de los autos se desprende que ha existido parcialidad, el recurso del apelante estará fundado”). En Francia es necesaria una audiencia, salvo en casos de urgencia. Véase, por ejemplo, *Mihouri*, Francia, Consejo de Estado, 17 de enero de 1970, *International Law Reports*, vol. 70, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 358 y 359, en especial pág. 359 “[Si bien en los casos de urgencia no existe el derecho a que se celebre una audiencia antes de la expulsión,] de las pruebas no se deduce que la expulsión de Mihouri —quien, en la fecha en que se adoptó la orden de expulsión, se encontraba detenido en la prisión de Compiègne donde cumplía una condena de seis meses de prisión— fuera de una urgencia tal que dispensara a la administración de cumplir las formalidades establecidas en los artículos 24 y 25 de la Orden de 2 de noviembre de 1945.”

deportación similar a aquellos que ya han sido considerados injustos por el Congreso incluso cuando están en juego intereses de menos importancia, como el derecho de propiedad, cumple los criterios constitucionales de imparcialidad.”<sup>1475</sup>

623. Otros tribunales han sostenido que no era necesaria tal audiencia<sup>1476</sup>. En los países del Commonwealth esta conclusión se basa normalmente en la consideración de que la decisión de expulsión es puramente administrativa, y no judicial o cuasi judicial<sup>1477</sup>.

### c) Derecho a estar presente

624. En la legislación de varios Estados se garantiza, o se exige, la presencia del extranjero en el procedimiento de expulsión. El Estado puede reconocer el derecho del extranjero a comparecer personalmente durante el examen de su eventual expulsión<sup>1478</sup> o emplazar o requerir al extranjero para que comparezca

<sup>1475</sup> *Wong Yang Sung v. McGrath, Attorney-General, et al.*, Estados Unidos, Tribunal Supremo, 20 de febrero de 1950, *International Law Reports*, 1950, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 76, págs. 252 a 256, en especial págs. 254 y 255.

<sup>1476</sup> “Ni el artículo 22 de la Ley, ni ningún otro artículo, prevé mecanismo alguno para la comparecencia en audiencia de una persona que pueda ser objeto de una orden de deportación propuesta por el Ministro... A lo sumo cabría sostener que cualquier interesado debería tener la oportunidad de formular una protesta ante el Ministro antes de que actúe conforme al artículo 22”. *Urban v. Minister of the Interior*, Sudáfrica, Tribunal Supremo, Distrito Provincial de El Cabo, 30 de abril de 1953, *International Law Reports*, 1953, H. Lauterpacht (ed.), págs. 340 a 342, en especial págs. 341 y 342. “El artículo 6 del [Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales] establece que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída por un tribunal con arreglo a determinadas garantías procesales, el cual decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. Sin embargo, la imposición de una sanción a un extranjero consistente en una prohibición de residencia no se enmarca en un procedimiento civil ni en uno penal, de modo que el artículo 6 del Convenio no es aplicable a un procedimiento para la imposición de medidas como la adoptada por las autoridades en este caso”. *H v. Directorate for Security of the Province of Lower Austria*, Tribunal Constitucional, 27 de junio de 1975, *International Law Reports*, volumen 77, E. Lauterpacht (ed.), C.J. Greenwood, págs. 443 a 447, en especial pág. 446. “En mi opinión, la Ley de control de extranjeros de 1966 es una ley que implícitamente excluye el derecho de audiencia de los extranjeros a los que se ha retirado, o se está a punto de retirar, el permiso de residencia en el país. A mi juicio, la función del Ministro al examinar la eventual anulación del permiso es puramente administrativa y en modo alguno cuasijudicial”. *Smith v. Minister of Interior and Others*, Lesotho, Tribunal Supremo, 8 de julio de 1975, *International Law Reports*, vol. 70, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 364 a 372, en especial pág. 370.

<sup>1477</sup> Véase, por ejemplo, *Smith v. Minister of Interior and Others*, Lesotho, Tribunal Supremo, 8 de julio de 1975, *International Law Reports*, vol. 70, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 364 a 372; *Urban v. Minister of the Interior*, Tribunal Supremo, Distrito Provincial de El Cabo, 30 de abril de 1953, *International Law Reports*, 1953, H. Lauterpacht (ed.), págs. 340 a 342.

<sup>1478</sup> Belarús, Ley de 1998, artículo 29; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 76 2) y 3); Canadá, Ley de 2001, artículos 78 a) i) y 170 e); Francia, Código, artículos L223-2, L512-2, L522-1 I) 2) y L524-1; Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículos 13 5bis), 14 4) y 17, Ley No. 40 de 1998, artículo 15 1); Japón, Orden de 1951, artículo 10 3); Madagascar, Decreto de 1994, artículos 35 y 36, Ley de 1962, artículos 15 y 16; Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 118 2); República de Corea, Ley de 1992, artículo 89 2) y 3); Suecia, Ley de 1989, capítulo 6, artículo 14, y Estados Unidos, INA, artículos 238 c) 2) D) i), 240 b) 2) A) y B), y 504 c) 1). Este derecho puede concederse específicamente al extranjero sospechoso de haber participado en actividades terroristas (Estados Unidos, INA, artículo 504 c) 1)).



en una audiencia<sup>1479</sup>. El Estado puede asimismo permitir la presencia de familiares o conocidos del extranjero<sup>1480</sup>. El Estado puede penalizar la incomparecencia de un extranjero en una audiencia, ordenando su expulsión y prohibiendo su entrada en el país durante un período de tiempo determinado<sup>1481</sup>. La ausencia del extranjero puede excusarse si se debe a su incapacidad mental<sup>1482</sup>, si no ha recibido notificación de la audiencia o si invoca otras circunstancias excepcionales que justifiquen la ausencia<sup>1483</sup>.

## 5. Derecho a la protección consular

625. El extranjero expulsado puede tener derecho a la protección consular con arreglo al derecho internacional y nacional<sup>1484</sup>. A este respecto cabe

<sup>1479</sup> Australia, Ley de 1958, artículo 203 3), y Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 118 1). Cabe asimismo que el Estado exija que el extranjero esté presente cuando se examine la legalidad de su detención (Canadá, Ley de 2001, artículo 57 3)).

<sup>1480</sup> Japón, Orden de 1951, artículo 10 4).

<sup>1481</sup> Estados Unidos, INA, artículos 212 a) 6) B) y 240 b) 5) A) y E), y 7).

<sup>1482</sup> Estados Unidos, INA, artículo 240 b) 3).

<sup>1483</sup> Estados Unidos, INA, artículo 240 b) 5) C) y e) 1).

<sup>1484</sup> “El extranjero contra el que se ha adoptado o se ha propuesto adoptar una orden de deportación o expulsión debe tener derecho a comunicarse con los representantes diplomáticos o consulares de su Estado y se le deben dar facilidades para hacerlo. La deportación y la expulsión son ámbitos en los que se ha recurrido con frecuencia a la intervención diplomática para proteger a un nacional. Ha habido numerosos casos en los que los arbitrajes internacionales han concedido indemnizaciones sustanciales a un extranjero a raíz de un acto de expulsión o deportación ilícito adoptado por el Estado; esos arbitrajes han dado lugar a un amplio corpus de jurisprudencia”, Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, pág. 95. “Los cónsules no sólo protegen los intereses del Estado que envía: el Estado receptor también debe permitirles proteger a los nacionales del Estado que envía. Los cónsules ... prestan cierta asistencia y ayuda ... a quienes litigan ante los tribunales. Si las autoridades locales tratan indebidamente a un súbdito extranjero, su cónsul puede asesorarlo y ayudarlo y, en última instancia, intervenir en su nombre. A tal efecto, tiene derecho a comunicarse con los nacionales de su Estado que se hallen en prisión. Por regla general el cónsul desempeña funciones de protección únicamente respecto de los nacionales del Estado que envía; pero este último puede, a menos que el Estado receptor formule objeciones, confiarle la protección de los nacionales de otros Estados que no han nombrado a ningún cónsul en su circunscripción”, Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim's International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, págs. 1140 y 1141, párr. 547, nota 1 “Véase la Convención de Viena, artículo 5 a), d), e), g), h) e i), y artículos 36 y 37. Si un nacional que ha sido arrestado así lo solicita, los cónsules deben ser informados del arresto o detención por las autoridades del Estado receptor y se les debe permitir visitarlo: artículo 36.1. Sin embargo, la falta de notificación al cónsul del arresto de un nacional o del procedimiento entablado contra éste no invalida dicho procedimiento: *Re Yater* (1973), ILR, 71, pág. 541.”; nota 2 (“De hecho, un cónsul puede en ocasiones representar en juicio a los nacionales del Estado que envía, dependiendo de la legislación y de las prácticas del Estado receptor y del Estado que envía y de los tratados en vigor entre ellos: véase O’Connell, *International Law* (2ª ed., 1970), págs. 915 y 916; Lee, *Consular Law and Practice* (2ª ed., 1991), págs. 264 y ss.; y, por ejemplo, *Re Arbulich's Estate*, ILR, 19 (1952), No. 92; *Re Bedo's Estate*, ILR, 22 (1955), pág. 551 (en el que se sostiene que la facultad del cónsul para defender los derechos de propiedad de los nacionales de su Estado no depende de que exista una disposición al respecto en un tratado), *Re Bajkic's Estate*, ILR, 26 (1958-11), pág. 547, y obsérvese asimismo la declaración hecha ante el tribunal por el Departamento de Estado de los Estados Unidos en *Sarelas v Rocanas* (1962), ILR, 33, pág. 373. Pero el derecho a representar en juicio a los nacionales del Estado que envía no necesariamente comprende el derecho a intervenir en los procedimientos para defender los intereses de dichos nacionales como categoría general: *DuPree v United States*, AJ, 72 (1978), pág. 151.”; nota 3 (“Véase el caso *Chapman* (1930), 4 RIAA, págs. 632 y 638.”), nota 4 (“Véase la Convención de Viena, artículo 36. Véase también Briggs, AJ, 44 (1950), págs. 254 a

mencionar los artículos 36 y 38 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares<sup>1485</sup>.

626. El apartado a) del párrafo 1 del artículo 36 garantiza la libertad de comunicación entre los funcionarios consulares y los nacionales del Estado que envía. Dado que esta garantía está formulada en términos generales, también es aplicable en el contexto de un procedimiento de expulsión. El apartado b) del párrafo 1 del artículo 36, que trata de la situación de las personas arrestadas, detenidas o en prisión preventiva, establece la obligación del Estado receptor de informar de esta situación a la oficina consular del Estado que envía, si el interesado así lo solicita, y de informar a este último acerca de los derechos que se le reconocen a este respecto. El apartado c) del párrafo 1 del artículo 36 reconoce el derecho de los funcionarios consulares a visitar al nacional del Estado que envía que se halle detenido.

“Artículo 36 – Comunicación con los nacionales del Estado que envía

1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:

a) Los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos;

b) Si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado;

257; Williams, ICLQ, 29 (1980), págs. 238 a 249; el caso *Chevreau* (1931), 2 RIAA, págs. 1113, 1123 y 1124; y el caso *Faulkner* (1926), 4 RIAA, págs. 67 y 70.”) y nota 6 (Convención de Viena, artículo 8).

<sup>1485</sup> Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, Viena, 24 de abril de 1963, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 596, No. 8638, pág. 261. “Con arreglo a la Convención de 1963 sobre Relaciones Consulares, el Estado que arreste o detenga a un no ciudadano debe informarlo de su derecho a ponerse en contacto con los funcionarios consulares de su Estado de origen y debe comunicar ‘sin retraso alguno’ a los funcionarios consulares toda solicitud en este sentido. Se reconoce el derecho de los funcionarios consulares ‘a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales’”, Alexander T. Aleinikoff, véase la nota 119 *supra*, pág. 9 (citando el artículo 36 de la Convención). “Cabe añadir que el hecho de que el Estado que expulsa no notifique sin demora al consulado del Estado de nacionalidad de un extranjero la detención de dicho extranjero con vistas a deportarlo constituirá una violación de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares si ambos Estados son partes en dicho tratado. La Convención también exige que los extranjeros puedan comunicarse libremente con los funcionarios consulares de su Estado, y *vice versa*, y contempla el derecho de los funcionarios consulares a visitar a los nacionales de su Estado y a organizar su defensa ante los tribunales. En estos ámbitos, la Convención parece reflejar un uso internacional consolidado que ha evolucionado hasta convertirse en una norma de derecho consuetudinario”, Richard Plender, *International Migration Law*, 2<sup>a</sup> ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pág. 471 (en referencia al artículo 36 de la Convención; *Bigelow v Princess Zizianoff*, *Gazette du Palais*, 4 March 1928; P. Cahier and L. Lee, *International Conciliation*, 1969, 63).

c) Los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello.

2. Las prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo.”

627. La Corte Internacional de Justicia ha aplicado el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares en las causas *LaGrand y Avena*<sup>1486</sup>.

628. Por otra parte, el artículo 38 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares permite que los funcionarios consulares se comuniquen con las autoridades del Estado receptor.

“Artículo 38 – Comunicación con las autoridades del Estado receptor

Los funcionarios consulares podrán dirigirse en el ejercicio de sus funciones:

a) A las autoridades locales competentes de su circunscripción consular;

b) A las autoridades centrales competentes del Estado receptor, siempre que sea posible y en la medida que lo permitan sus leyes, reglamentos y usos y los acuerdos internacionales correspondientes.”

629. Cabe asimismo hacer referencia a la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, que figura como anexo de la resolución 40/144 de la Asamblea General. El artículo 10 de dicha Declaración menciona el derecho de todo extranjero a comunicarse en cualquier momento con la misión diplomática o consular de su Estado<sup>1487</sup>:

“Todo extranjero tendrá libertad en cualquier momento para comunicarse con el consulado o la misión diplomática del Estado del que sea nacional o, en su defecto, con el consulado o la misión diplomática de cualquier otro Estado al que se haya confiado la protección en el Estado en que resida de los intereses del Estado del que sea nacional.”

630. Dado que este derecho está formulado en términos generales en la Declaración, parece aplicable también en el caso de una expulsión.

631. Algunas legislaciones nacionales reconocen expresamente el derecho de un extranjero a solicitar protección consular en caso de expulsión. Más concretamente, el Estado puede permitir que el extranjero se comunique con los representantes diplomáticos o consulares de su Estado, o de cualquier Estado al que se haya

<sup>1486</sup> *LaGrand Case (Germany v. United States of America)*, sentencia de 27 de junio de 2001, párrs. 64 a 91; *Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, sentencia de 31 de marzo de 2004, párrs. 49 a 114.

<sup>1487</sup> Resolución 40/144, Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, 13 de diciembre de 1985.

confiado la representación del Estado del extranjero<sup>1488</sup>, cuando 1) se notifique al extranjero que el Estado tiene intención de expulsarlo<sup>1489</sup>; 2) el extranjero esté confinado en una zona o lugar específico<sup>1490</sup> o retenido de otro modo por el Estado<sup>1491</sup>; 3) el extranjero esté detenido y sea sospechoso de haber participado en actividades terroristas<sup>1492</sup>; o 4) se haya adoptado una decisión definitiva de expulsión y el extranjero vaya a ser deportado<sup>1493</sup>. El Estado puede permitir que el personal diplomático o consular se ocupe de la salida del extranjero del país o de la prórroga de su estancia, incluso en el caso de que el extranjero haya incumplido las condiciones de su estatuto transitorio<sup>1494</sup>.

## 6. Derecho a asistencia letrada

632. El derecho de un extranjero a hacerse representar por un letrado en un procedimiento de expulsión está reconocido en cierta medida en el derecho de los tratados, el derecho y la jurisprudencia nacionales y los trabajos sobre este tema<sup>1495</sup>.

633. El artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que el extranjero expulsado, a menos que “razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello”, tendrá derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente y *hacerse representar* ante ella.

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

<sup>1488</sup> Estados Unidos, INA, artículo 507 e) 2).

<sup>1489</sup> Francia, Código, artículos L512-1, L531-1 y L551-2; Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 24 1), y Estados Unidos, INA, artículo 507 e) 2).

<sup>1490</sup> Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 24 1).

<sup>1491</sup> Francia, Código, artículo L551-2.

<sup>1492</sup> Estados Unidos, INA, artículo 507 e) 2).

<sup>1493</sup> Belarús, Decisión del Consejo de 1999, artículo 18.

<sup>1494</sup> Chile, Decreto de 1975, artículo 85.

<sup>1495</sup> “El presente estudio trata de concentrarse en las similitudes y las diferencias funcionales entre los procedimientos de deportación y la clase de procedimientos penales de los que se ha ocupado recientemente la Corte Suprema. Se han comparado los objetivos y las consecuencias de las dos clases de procedimiento para derivar de la comparación una norma de garantía procesal que permita juzgar los procedimientos de deportación a la luz de los procedimientos impuestos por la Corte Suprema en materia penal. Toda diferencia entre las normas de garantía procesal aplicadas en los dos tipos de procedimientos debe basarse en distinciones reales y funcionales, y no en una distinción formal entre los procedimientos ‘penales’ a los que se aplican las garantías constitucionales y los procedimientos ‘civiles’ a los que no se aplican. Ateniéndose a este criterio, es difícil defender una norma de derecho que permita privar a una persona de la asistencia de un letrado en procedimientos que atañen a sus intereses vitales por el mero hecho de que no pueda pagarla, y porque el procedimiento no reciba la calificación técnica de ‘penal’. Este resultado es arbitrario y anacrónico y viola las normas fundamentales de la equidad.” William Haney, “Deportation and the Right to Counsel”, *Harvard International Law Journal*, vol. 11, 1970, págs. 177 a 190, en especial pág. 190 (en referencia a la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, *In re Gault*, 387 U.S. 1, 50, 68 (1967)) (se omite la sangría del párrafo).

634. El Pacto sólo garantiza expresamente este derecho en los procedimientos de apelación<sup>1496</sup>. El artículo 7 de la Declaración, que figura en el anexo a la resolución 40/144 de la Asamblea General<sup>1497</sup>, reproduce el texto del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

“Un extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional lo impidan, se le permitirá que presente sus razones para oponerse a que lo expulsen y que someta su caso a examen de la autoridad competente o de una persona o personas especialmente designadas por la autoridad competente, así como *que esté representado a esos efectos* ante dicha autoridad, persona o personas ...” [Sin cursiva en el original.]

635. En el contexto europeo, el párrafo 1 del artículo 1 del Protocolo No. 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales prescribe que un extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado podrá hacerse representar ante la autoridad competente en un procedimiento de expulsión.

“Artículo 1 – Salvaguardias de procedimiento relativas a la expulsión de extranjeros

1. Un extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado no podrá ser expulsado del mismo, salvo que sea en cumplimiento de una decisión adoptada de conformidad con la ley, y deberá permitírsele:

- a) Exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión,
- b) Someter su caso a revisión, y
- c) *Hacerse representar con tal fin* ante la autoridad competente o ante la persona o personas designadas por dicha autoridad.

2. Un extranjero podrá ser expulsado antes de ejercer los derechos que le reconocen los apartados a), b) y c) del párrafo 1 del presente artículo, cuando esta expulsión sea necesaria en interés del orden público o por razones de seguridad nacional.” [Sin cursiva en el original.]

636. De modo análogo, el párrafo 2 del artículo 3 del Convenio Europeo del Establecimiento dispone lo siguiente:

<sup>1496</sup> “El artículo 13 prevé el derecho a ‘hacerse representar’ (‘se faisant représenter’) en los procedimientos de expulsión. Del texto tomado del artículo 32 2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados se sigue que este derecho sólo está expresamente garantizado en los procedimientos ante la autoridad competente para conocer de la apelación. La comparación con el párrafo 3) d) del artículo 14 muestra además que una persona amenazada de expulsión no tiene derecho a asistencia *letrada* o a designar abogado. Pero del derecho a hacerse representar se infiere el derecho a designar a un representante, de manera que la persona interesada pueda hacerse representar (a sus expensas) por un abogado. Como una expulsión conlleva de ordinario una grave injerencia en la vida y en los derechos básicos de la persona afectada, y los extranjeros necesitan en particular a la asistencia letrada, el derecho a hacerse representar por un abogado libremente elegido es de importancia capital. La práctica seguida por el Comité demuestra que la mayoría de los autores estuvieron efectivamente representados por un letrado en el procedimiento de apelación”. Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary*, Kehl am Rhein, N.P. Engel Publisher, 1993, pág. 231.

<sup>1497</sup> Resolución 40/144, Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en el que viven, 13 de diciembre de 1985.

“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 asisten en contra de la expulsión y apelar a la autoridad competente o a una persona o personas especialmente designadas por la autoridad competente, y *hacerse representar a estos efectos ante dicha autoridad.*” [Sin cursiva en el original.]

637. Merece la pena mencionar también el artículo 7 del Convenio de aplicación de los artículos 55 y 56 del Tratado por el que se establece la Unión Económica del Benelux<sup>1498</sup> que dice lo siguiente:

“Los nacionales de cualquier parte contratante que hayan sido autorizados a instalarse en el territorio de otra parte contratante sólo podrán ser expulsados, previa notificación del Ministerio de Justicia del país de residencia, por una autoridad competente de dicho país, ante la cual las personas interesadas podrán recurrir a sus medios de defensa y *hacerse representar o asistir por un letrado de su elección.* [...]” [Sin cursiva en el original.]

638. El Comité contra la Tortura recalcó la importancia de dar a la persona expulsada la posibilidad de ponerse en contacto con su familia *o con su abogado* para evitar posibles abusos que pudieran dar lugar a una violación del artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes<sup>1499</sup>. Según el Comité:

“Cuando la decisión de proceder a la deportación es de carácter administrativo, sin que intervenga una autoridad judicial y sin ninguna posibilidad para el reclamante de ponerse en contacto con su familia *o con su abogado*, se pone al reclamante en una situación de especial vulnerabilidad con respecto a posibles abusos y puede constituir, por consiguiente, una violación del artículo 3.”<sup>1500</sup> [Sin cursiva en el original.]

639. La legislación de varios Estados garantiza el derecho a asistencia letrada en casos de expulsión. Un Estado puede autorizar al extranjero a recibir asistencia de un representante<sup>1501</sup>, incluido un letrado<sup>1502</sup> o una persona que no lo sea<sup>1503</sup>, durante un procedimiento de expulsión y también en caso de ser detenido. Un

<sup>1498</sup> Convenio de aplicación de los artículos 55 y 56 del Tratado por el que se establece la Unión Económica del Benelux, Bruselas, 19 de septiembre de 1960, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 480, pág. 424.

<sup>1499</sup> Véase la parte VII.C.3 b) ii).

<sup>1500</sup> Comité contra la Tortura, *Josu Arkauz Arana c. Francia*, Comunicación No. 63/1997, 9 de noviembre de 1999, párr. 11.5.

<sup>1501</sup> Japón, Orden de 1951, artículo 10 3), y Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 85.

<sup>1502</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 86; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 76 3); Canadá, Ley de 2001, artículo 167 1); Francia, Código, artículos L.221-4, L.221-5, L.222-3, L.512-1, L.512-2, L.522-2, L.551-2 y L.555-3; Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículos 13 5), 8) y 14 4), Ley No. 40 de 1998, artículos 11 10) y 15 1); República de Corea, Ley de 1992, artículo 54; Madagascar, Decreto de 1994, artículo 36, Ley de 1962, artículo 15; Noruega, Ley de 1988, artículo 42; Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 24 2); España, Ley de 2000, artículo 26 2); Suecia, Ley de 1989, capítulo 6, artículo 26, capítulo 11, artículo 1b y capítulo 11, artículo 8 y Estados Unidos, INA, artículos 238 a) 2), 239 a) 1) E), b), 504 c) 1) y 507 e) 1). Ese derecho puede conferirse específicamente a menores (Francia, Código, artículo 1.222-3), o a un extranjero presuntamente implicado en un acto terrorista (Estados Unidos, INA, artículos 504 c) 1) y 507 e) 1).

<sup>1503</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 76 3); y Francia, Código, artículo L.522-2.

Estado puede autorizar expresamente al extranjero a elegir libremente al asesor letrado<sup>1504</sup>, designar a un representante para los menores u otras personas que no sean capaces de apreciar la naturaleza de los procedimientos<sup>1505</sup>, o decretar la inviolabilidad del correo enviado al extranjero por sus abogados o el letrado público, o por los organismos internacionales competentes<sup>1506</sup>.

640. Algunos tribunales nacionales, interpretando la legislación del país, han reconocido el derecho del extranjero a hacerse representar por un asesor letrado<sup>1507</sup>.

#### a) Asistencia jurídica

641. Con respecto al derecho de la persona expulsada a obtener asistencia judicial, cabe señalar la legislación pertinente de la Unión Europea, en particular la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga data. El artículo 12 de la Directiva dispone 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.

5. Los residentes de larga duración que carezcan de recursos suficientes tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita en las mismas condiciones que los nacionales del Estado en que residan.”<sup>1508</sup>

642. También pueden mencionarse las preocupaciones expuestas por el Comité de los Derechos del Niño acerca del “maltrato de los niños por la policía durante la expulsión forzosa al país de origen al que, en algunos casos, han sido deportados sin tener acceso a asistencia letrada ...”<sup>1509</sup>.

<sup>1504</sup> Francia, Código, artículo L.213-2; Madagascar, Decreto de 1994, artículo 36; Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 24 2); y Estados Unidos, INA, artículos 238 b) 4) B), 239 a) 1), 240 b) 4) A) y 292.

<sup>1505</sup> Canadá, Ley de 2001, artículo 167 1); Francia, Código, artículos L.221-5, L.222-3, y Suecia, Ley de 1989, capítulo 11, artículos 1 b) y 8.

<sup>1506</sup> Suecia, Ley de 1989, capítulo 6, artículo 26.

<sup>1507</sup> Véase *Oudjit v. Belgian State (Minister of Justice)*, Consejo de Estado, 10 de julio de 1961, *International Law Reports*, vol. 31, 1966, E. Lauterpacht (ed.), págs. 353 a 355, en especial pág. 355. “Con arreglo al artículo 10 de la Ley, el extranjero puede hacerse representar por un abogado ante esta Comisión”; “Aunque el derecho del apelante a ‘asistencia letrada’ en la vista sobre la deportación le confería el derecho a representación legal a expensas de los propios apelantes, la declaración de un funcionario según la cual el apelante podía hacerse representar por un abogado, un amigo o un familiar no surtió el efecto de privar al apelante del derecho a asistencia letrada”. *Re Immigration Act, Re Kokorinis*, Tribunal de Apelaciones de British Columbia, 3 de mayo de 1967, *International Law Reports*, volumen 43, E. Lauterpacht (ed.), págs. 225 a 229; “Estoy dispuesto a abordar esta apelación en base a la misma hipótesis, pero al propio tiempo sin decidir que el término ‘asesor letrado’ en la Ley y el reglamento significa un abogado en ejercicio, o ni siquiera un abogado calificado”, *Re Vinarao*, Tribunal de Apelaciones de British Columbia, 17 de enero de 1968, *International Law Reports*, volumen 44, E. Lauterpacht (ed.), págs. 163 a 168, en especial pág. 166.

<sup>1508</sup> Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga data, *Diario Oficial L 16*, págs. 44 a 53, en especial pág. 50.

<sup>1509</sup> Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: España, 7 de junio de 2002, CRC/C/15/Add. 185 (13 de junio de 2002), párr. 45 a).

643. El derecho a asistencia jurídica en relación con un procedimiento de expulsión está previsto en la legislación de varios Estados. Así pues, un Estado puede facilitar asistencia letrada o jurídica al extranjero a expensas del Estado<sup>1510</sup>. Asimismo un Estado puede eximir del pago de las costas procesales al extranjero cuando éste no pueda pagarlas<sup>1511</sup>.

## 7. Traducción e interpretación

644. En lo referente al derecho a contar con servicios de traducción e interpretación en los procedimientos de expulsión, cabe mencionar las preocupaciones expresadas por el Comité de los Derechos del Niño acerca del “maltrato de los niños por la policía durante la expulsión forzosa al país de origen al que, en algunos casos, han sido deportados sin tener acceso a ... interpretación”<sup>1512</sup>.

645. La legislación de varios Estados confiere al extranjero expulsado el derecho a hacer uso de servicios de traducción o interpretación. Así pues, en las situaciones pertinentes el Estado puede: 1) proporcionar al extranjero servicios de traducción o interpretación<sup>1513</sup>, 2) autorizar al extranjero a recibir comunicaciones en un idioma que entienda<sup>1514</sup>, 3) utilizar un idioma que el extranjero entienda durante todo el procedimiento<sup>1515</sup>, 4) utilizar el idioma del lugar en que tenga la sede la autoridad pertinente<sup>1516</sup>, 5) hacerse cargo de los honorarios y gastos de un intérprete

<sup>1510</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 86; Francia, Código, artículos L.221-5, L.222-3, L.522-3, L.555-3; Italia Decreto Legislativo No. 286, artículo 13 8), Ley No. 40 de 1998, artículo 11 10); Noruega, 1988, artículo 42; España, Ley de 2000, artículo 26 2); Suecia, Ley de 1989, capítulo 6, artículo 26 y capítulo 11, artículos 1 b) y 8 a 10; y Estados Unidos, INA, artículo 504 c) 1). Este derecho puede conferirse específicamente a un extranjero presuntamente implicado en un acto terrorista (Estados Unidos, INA, artículo 504 c) 1)). En los casos de expulsión tipificados, el Estado puede proporcionar al extranjero una lista de letrados que estén dispuestos a trabajar *pro bono*, sin conferir al extranjero el derecho a la representación gratuita (Estados Unidos, INA, artículo 238 b) 2)-3)). En cambio, un Estado puede disponer que el extranjero asuma los gastos del letrado. *véase* Canadá, Ley de 2001, artículo 167 1), y Estados Unidos, INA, artículos 239 b) 4) B), 240 b) 4) A), 5) A) y 292.

<sup>1511</sup> Argentina, Ley de 2004, artículos 87 a 88, y Noruega, Ley de 1988, artículo 42.

<sup>1512</sup> Observaciones finales del Comité de Derechos del Niño, España, 7 de junio de 2002, CRC/C/15/Add. 185 (13 de junio de 2002), párr. 44 a).

<sup>1513</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 86; Australia Ley de 1958, artículos 258B y 261AC; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 8) 3) y 76 3); Francia, Código, artículos L.111-8, L.221-4, L.221-7, L.222-3, L.512-2 y L.522-2; Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículo 13 7); República de Corea, Ley de 1992, artículos 48 6) y 7) y 58; Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 24 1); y España Ley de 2000, artículo 26 2). Este derecho puede conferirse expresamente a los menores (Francia, Código, artículo L.222-3) o, en el caso de una prueba de identificación u otra investigación (Australia, Ley de 1958, artículos 258B y 261AC; y República de Corea, Ley de 1992, artículos 48 6) y 7) y 58).

<sup>1514</sup> Australia, Ley de 1958, artículos 258B y 261AC; Belarús, Decisión del Consejo de 1999, artículo 17; Francia, Código, artículos L.213-2 y L.221-4; Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículos 2 6), 4 2) y 13 7); Ley No. 40 de 1998, artículos 2 5) y 11 7); Decreto Ley de 1996, artículo 7 3); y Estados Unidos, INA, artículo 240 b) 7).

<sup>1515</sup> Francia, Código, artículo L.111-7. El Estado puede esperar que el extranjero diga qué idioma o idiomas entiende (Francia, Código, artículo L.111-7), o indique una preferencia entre los idiomas ofrecidos (Italia, Decreto Legislativo No. 286, de 1998, artículo 2 6) y Ley No. 40 de 1998, artículo 2 5)). El Estado puede decidir un idioma o idiomas de sustitución cuando el extranjero no indique un idioma (Francia, Código, artículo L.111-7), o cuando sea imposible por cualquier otra razón facilitar al extranjero los servicios en el idioma indicado (Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículos 2 6), 4 2) y 13 7), Decreto Ley No. 40 de 1998, artículos 2 5) y 11 7), Decreto Ley de 1996, artículo 7 3)).

<sup>1516</sup> Suiza, Reglamento de 1949, artículo 20 3).



privado<sup>1517</sup>, o 6) establecer la responsabilidad legal del intérprete respecto de la información que figure por escrito<sup>1518</sup>.

646. En la Sentencia No. 257 (2004), el Tribunal Constitucional de Italia confirmó la constitucionalidad de la promulgación de un decreto de expulsión en inglés, francés o español cuando no sea posible notificarlo al extranjero en su idioma nativo o en cualquier otro idioma que hable efectivamente. El Tribunal alegó que este procedimiento respondía a ciertos criterios funcionales razonables, y garantizaba en grado razonable que el receptor entendiese el Decreto<sup>1519</sup>.

## 8. Decisión

### a) Notificación de la decisión

647. Ya en 1892, el Instituto de Derecho Internacional había expresado la opinión de que “la orden de expulsión debe ser notificada al expulsado”<sup>1520</sup>. Además, “si el expulsado tiene derecho a recurrir a un tribunal judicial o administrativo superior, la orden de expulsión debe indicarlo y señalar el plazo para presentar el recurso”<sup>1521</sup>.

648. En lo referente a la Unión Europea, procede señalar la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de abril de 2004. El párrafo 1 del artículo 30 de la mencionada Directiva, que trata de la notificación de las medidas de expulsión que afecten a un ciudadano de la Unión Europea o a sus familiares, prevé la obligación de notificar una decisión de expulsión y especifica que la notificación debe incluir la indicación de las posibilidades de interponer recurso, en su caso, así como el plazo concedido para abandonar el territorio del Estado.

“Artículo 30: Notificación de las decisiones

1. Toda decisión adoptada en virtud del apartado 1 del artículo 27 [es decir, decisiones que limiten la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión Europea o un miembro de su familia] deberá notificarse al interesado por escrito, en condiciones tales que le permitan entender su contenido e implicaciones.

[...]

3. En la notificación se indicará la jurisdicción o instancia administrativa ante la cual el interesado puede interponer recurso, así como el plazo establecido para ello y, cuando proceda, el plazo concedido para abandonar el territorio del Estado miembro. Excepto en casos urgentes debidamente justificados, dicho plazo no podrá ser inferior a un mes a partir de la fecha de notificación.”

649. El requisito de que una decisión de expulsión debe notificarse al extranjero afectado figura en la legislación de varios Estados<sup>1522</sup>. Esta notificación se hace

<sup>1517</sup> Suecia, Ley de 1989, capítulo 11, artículo 5.

<sup>1518</sup> República de Corea, Ley de 1992, artículos 59 2) y 60 1) y 2).

<sup>1519</sup> Véase Sentenza No. 257, La Corte Costituzionale, Italia, 18 de julio de 2004.

<sup>1520</sup> *Règles internationales*, nota 56 *supra*, artículo 30 [original en francés].

<sup>1521</sup> *Ibid.*, artículo 31 [original en francés].

<sup>1522</sup> Francia, Código, artículos L512-3 y L412-1 1); Guatemala, Decreto Ley 1986, artículo 129; Irán, Ley de 1961, artículo 11; Japón, Orden de 1951, artículo 48 8); y República de Corea, Ley de 1992, artículos 59 1) y 60 4). La notificación puede referirse específicamente a una decisión de no expulsar al extranjero (República de Corea, Ley de 1962, artículos 59 1) y 60 4)).

habitualmente en forma de una decisión por escrito<sup>1523</sup>. Según cual sea la legislación pertinente, en la notificación deberá indicarse la manera en que deberá efectuarse la deportación del extranjero<sup>1524</sup>; el Estado de destino del extranjero deportado<sup>1525</sup>; el Estado o Estados al que el extranjero protegido no debe ser enviado<sup>1526</sup>, o el aplazamiento de la deportación<sup>1527</sup>.

**b) Decisión razonada**

650. Algunas autoridades defienden el derecho del extranjero a ser informado de los motivos de su expulsión<sup>1528</sup>.

651. Ya en 1892 el Instituto de Derecho Internacional consideraba que una orden de expulsión "... ha de ser objeto de una notificación de hecho y de derecho"<sup>1529</sup>.

652. En la causa *Amnesty International v. Zambia*, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sostuvo que Zambia había violado el derecho de un extranjero a recibir información al no comunicarle los motivos de su expulsión:

"40. ... Por consiguiente, la Comisión debe aceptar que William Steven Banda no era zambiano de nacimiento o de origen.

41. Sin embargo, esto no significa que la Comisión no deba plantear cuestiones de derecho, máxime teniendo en cuenta que los tribunales de Zambia no consideraron las obligaciones de Zambia en virtud de la Carta Africana. El tribunal tampoco dictaminó sobre el motivo presunto de la deportación, a saber, la probabilidad de que su presencia "pusiera en peligro la paz y el buen orden de Zambia ...". No se efectuó ninguna investigación judicial sobre los fundamentos legales, ni sobre las normas administrativas, que permitiera aceptar el 'dictamen' del Ministerio del Interior respecto de la medida adoptada. El hecho de que Banda no fuera natural de Zambia no justifica su deportación. Hay que demostrar que su presencia en Zambia violaba la ley. En la medida en que ni a Banda ni a Chinula se les comunicaron

<sup>1523</sup> "En muchos países, las facultades de expulsión o deportación están reguladas por una ley que especifica las razones por las que puede tomarse esta medida y las salvaguardias de procedimiento que deben observarse. Estas normas suelen reflejar los principios generalmente aceptados de los derechos humanos internacionales. Así pues, de ordinario se dispone que ninguna persona podrá ser expulsada o trasladada del territorio de un Estado ... si no es de conformidad con una orden escrita que se ajuste a derecho y que se comunique a la persona que se desea expulsar o deportar, junto con la justificación de la medida ... el requisito de que la orden de deportación o expulsión se presente por escrito y sea conforme con la ley del Estado tiene por objeto proteger a la persona contra el ejercicio arbitrario del poder [véase artículo 4 del Reglamento]. Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, párr. 91 (se omite la sangría del párrafo).

<sup>1524</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 62 3).

<sup>1525</sup> *Ibid.*, artículo 64 2).

<sup>1526</sup> Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 114 1) d).

<sup>1527</sup> Irán, Ley de 1931, artículo 11.

<sup>1528</sup> "No obstante, suscita un cierto apoyo a la propuesta de que la decisión de deportar a un extranjero del territorio en que se encuentre legalmente es arbitraria, salvo cuando haya consideraciones absolutas de seguridad nacional que se opongan, si no es informado de lo que se le acusa". Richard Plender, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pág. 472.

<sup>1529</sup> *Règles internationales*, nota 56 *supra*, artículo 30 [original en francés].

los motivos de la medida adoptada, existe una denegación del derecho a recibir información (artículo 9 1)).”<sup>1530</sup>

653. En lo relativo a la Unión Europea, cabe señalar el párrafo 2 del artículo 30 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004. Según esta disposición, en la notificación de una medida de expulsión que afecte a un ciudadano de la Unión Europea o a sus familiares deben indicarse los motivos de la expulsión, salvo que ello “sea contrario a los intereses de la seguridad del Estado”.

“Artículo 30: Notificación de las decisiones:

2. Se comunicarán al interesado, con precisión y por extenso, las razones de orden público, seguridad pública o salud pública en las que se base la decisión que le afecte, a menos que a ello se opongan razones de seguridad del Estado.”

654. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas confirmó que a la persona expulsada se le deben notificar los motivos de la expulsión, a menos que razones de seguridad nacional lo desaconsejen. El Tribunal indicó que “la notificación de los motivos que justifican la medida de expulsión o la denegación de un permiso de residencia debe ser suficientemente detallada y precisa para que el interesado pueda defender sus intereses”<sup>1531</sup>.

655. El derecho de un extranjero a ser informado de los motivos de su expulsión no siempre está reconocido en el plano nacional. De hecho, las leyes de los países difieren en cuanto al reconocimiento del derecho de la persona expulsada a ser informada de los motivos y la justificación de la expulsión, o en la medida en que se reconoce este derecho. El Estado puede exigir<sup>1532</sup>, no exigir expresamente<sup>1533</sup>, o no exigir en algunos casos<sup>1534</sup> una decisión pertinente de que se indiquen los motivos o se den explicaciones. El Estado puede exigir que los motivos expuestos en la decisión correspondan a sus consecuencias<sup>1535</sup>. El Estado puede exigir que la decisión se presente por escrito<sup>1536</sup> o que se comunique

<sup>1530</sup> Comunicación No. 212/98, *Amnesty International v. Zambia*, *Twelfth Annual Activity Report*, 1998-1999, párrs. 40 y 41.

<sup>1531</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, nota 747 *supra*, párrafo 4 de la parte dispositiva.

<sup>1532</sup> Canadá, Ley de 2001, artículo 169 b); Francia, Código, artículos L213-2, L522-2 y L551-2; Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículos 13 3) y 16 6), Ley No. 40 de 1998, artículo 11 3) y Decreto Ley de 1996, artículo 7 3); Japón, Orden de 1951, artículos 10 9) y 47 3); República de Corea, Decreto de 1993, artículos 72 y 74; Madagascar, Decreto de 1994, artículo 37; Portugal, Decreto Ley de 1998, artículos 22 2) y 114 1) a); España, Ley de 2000, artículo 26 2); Suecia, Ley de 1989, capítulo 11, artículo 3, Suiza, Reglamento de 1949, artículo 20 1) y Ley Federal de 1931, artículo 19 2); y Estados Unidos, INA, artículos 504 c) y 5) j). Este requisito puede imponerse específicamente cuando se trate de una decisión relativa a una solicitud de protección del extranjero (Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 75 5) y Canadá, Ley de 2001, artículo 169 c) y d)), cuando el extranjero esté presuntamente implicado en un acto de terrorismo (Estados Unidos, INA, artículo 504 c) 5) j)), o cuando el extranjero proceda de un Estado que haya concertado un acuerdo especial, o mantenga una relación especial, con el Estado que efectúe la expulsión (Suecia, Ley de 1989, capítulo 11, artículo 3).

<sup>1533</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 28 1).

<sup>1534</sup> Suecia, Ley de 1989, capítulo 11, artículo 3.

<sup>1535</sup> República Checa, Ley de 199, artículo 9 3).

<sup>1536</sup> Francia, Código, artículos L213-2 y L551-2; Japón, Orden de 1951, artículo 47 3); República de Corea, Decreto de 1993, artículos 72 y 74; Suiza, Ley Federal de 1931, artículo 19 2); y Estados Unidos, INA, artículo 504 c) 5) j). Este requisito puede imponerse expresamente cuando la decisión se refiere a la petición de protección del extranjero (Canadá, Ley de 2001, artículo 169

al extranjero<sup>1537</sup>. El Estado puede autorizar al extranjero o al Gobierno a pedir que se den a conocer las razones de una decisión<sup>1538</sup>.

656. Algunos tribunales nacionales han sostenido el derecho a informar a un extranjero de los motivos en que se basa la orden de expulsión<sup>1539</sup>. Sin embargo, de ordinario no es obligatorio informar al extranjero antes de que se emita la orden de expulsión<sup>1540</sup>.

## 9. Procedimiento de revisión

### a) Decisión de expulsión

657. El derecho de un extranjero a que un órgano competente revise una decisión de expulsión está reconocida en el derecho de los tratados, la jurisprudencia internacional, el derecho nacional y los trabajos sobre la materia<sup>1541</sup>. Se ha sugerido que para ello no

c)-d)), o cuando el extranjero esté presuntamente implicado en un acto de terrorismo (Estados Unidos, INA, artículo 504 c) 5) j)). El Estado podrá autorizar la supresión de cualquier información confidencial de la decisión cuando se presuma que el extranjero está implicado en un acto de terrorismo (Estados Unidos, INA, artículo 504 c) 5) j)).

<sup>1537</sup> Francia, Código, artículos L522-2 y L551-2; Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículo 16 6); Japón, Orden de 1951, artículos 10 9), 47 3) y 48 8); República de Corea, Ley de 1992, artículo 59 1) y Decreto de 1993, artículo 74; Portugal, Decreto Ley No. 1998, artículos 22 2) y 120 2); y Estados Unidos, INA, artículo 504 c) 5) j).

<sup>1538</sup> Canadá, Ley de 2001, artículo 169 e).

<sup>1539</sup> “Y, en cuanto esto quede claro, las razones para dar la orden (salvo en circunstancias aceptables de emergencia y seguridad nacional, etc., ninguna de las cuales son de aplicación en este caso) deberá comunicarse si se quiere que el derecho conferido [a impugnar una orden de expulsión] tenga algún valor”. *Brandt v. Attorney-General of Guyana and Austin*, Tribunal de Apelaciones, 8 de marzo de 1971, *International Law Reports*, vol. 70, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 450 a 496, en especial pág. 465; “En virtud del Decreto Ley de 28 de septiembre de 1939, el Ministro no estará obligado a explicitar en la orden de expulsión los hechos que le indujeron a dar la orden, sino que bastará con que indique cuál de las circunstancias especiales enumeradas en el Decreto Ley de 28 de septiembre de 1939 se alega como motivo para la expulsión”. *Bujacz v. Belgium State (Minister et Justice)*, Consejo de Estado, 13 de julio de 1953, *International Law Reports*, 1953, H. Lauterpacht (ed.), págs. 336 y 337, en especial pág. 337; “La orden de abandonar el país está suficientemente detallada, considerando que se refiere a las circunstancias especiales previstas en el Decreto Ley de 28 de septiembre de 1939, y que de los autos se desprende que las razones expuestas están corroboradas por los hechos”. *Pieters v. Belgium State (Minister et Justice)*, Consejo de Estado, 30 de septiembre de 1953, *International Law Reports*, 1953, H. Lauterpacht (ed.), págs. 338 y 339; “El demandado está obligado a indicar cuál de las circunstancias excepcionales previstas en la Ley de 28 de septiembre de 1939 justifica la expulsión. Esta declaración es una formalidad indispensable para dar validez a la orden de expulsión”. *Bertoldi v. Belgium State (Minister et Justice)*, Consejo de Estado, 19 de mayo de 1950, *International Law Reports*, 1950, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 77, págs. 256 y 257, en especial pág. 257; y *In re Velasco Tovar et al.*, Suprema Corte de México, 3 de octubre de 1951 [*International Law Reports* 1951, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 94, págs. 308 y 309.

<sup>1540</sup> Véase *Oudjit v. Belgium State (Minister et Justice)*, Consejo de Estado, 10 de julio de 1961, *International Law Reports*, vol. 31, 1966, E. Lauterpacht (ed.), págs. 353 a 355, en especial pág. 355. “El Ministro de Justicia no estaba obligado a notificar al requirente de que había remitido al Consejo de Ministros una propuesta de orden de expulsión”; “sencillamente, hay tres fases interrelacionadas y sucesivas. En la primera, la orden se formula *ex parte*, desde el punto de vista administrativo y subjetivo, sin derecho a audiencia (por los motivos ya expuestos)”. *Brandt v. Attorney-General of Guyana and Austin*, Tribunal de Apelaciones, 8 de marzo de 1971, *International Law Reports*, vol. 70, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.) págs. 450 a 496, en especial pág. 468.

<sup>1541</sup> “No obstante, la expansión de las relaciones internacionales ha tendido a limitar el ejercicio del derecho de expulsión, y, mediante legislación nacional y tratados muchos Estados tienen ahora limitada su libertad de actuación al permitir el recurso judicial contra órdenes administrativas ... [...] Ante todo la expulsión es, evidentemente, un acto de Estado que no está sujeto a examen judicial. En los países donde, en virtud de un tratado, los ciudadanos de los Estados Unidos gozan de derecho de residencia y acceso a los tribunales, el Departamento de Estado sostiene

es necesaria una revisión por parte de un órgano judicial. También se ha sugerido que la expulsión debería quedar en suspenso durante el procedimiento de revisión<sup>1542</sup>, y que el extranjero ha de ser informado del derecho de revisión<sup>1543</sup>.

que el ciudadano acusado de un delito no político tiene derecho a un juicio antes de su expulsión. [...] Pueden señalarse las características siguientes de la reciente evolución del ejercicio de las facultades de expulsión: ... el recurso a la revisión judicial es cada vez más frecuente”. Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, Nueva York, The Banks Law Publishing Co., 1915, págs. 50, 52 y 55 (en referencia a la reclamación de *Wiener’s v. Haiti*, Sr. Gresham, Secretario de Estado al Sr. Smythe, 5 de noviembre de 1894. Relaciones Exteriores 1895, II, 803. Véase también *Santangelo (U.S.) v. Mexico*, 11 de abril de 1839, Arb. 3333 de Moore y Recueil de Lapradelle, I, 473). “En muchos países, las facultades de expulsión o de deportación están reguladas por una ley que especifica los motivos por los que pueden ejercerse estas facultades y las salvaguardias de procedimiento que deben observarse. Estas normas legales suelen reflejar los principios generalmente aceptados de los derechos humanos internacionales. Así pues, de ordinario se prevé ... que al extranjero se le ofrecerá una oportunidad razonable de impugnar la legalidad o la validez de la orden en un procedimiento adecuado ante un tribunal ... Salvo en el caso de que una orden de deportación o de expulsión se formule en cumplimiento de una recomendación de un tribunal, deberá darse a la persona contra la que se dicte esa orden la oportunidad de exponer a una autoridad competente las razones que le asisten contra la orden. En todo procedimiento judicial que se celebre para determinar los hechos del caso deberán respetarse las garantías procesales y el derecho de apelación a un tribunal independiente e imparcial, con la excepción de algunos países que no autorizan esta apelación por razones imperativas de seguridad nacional que exigen esta restricción”. Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, pág. 91. “Es evidente que el derecho internacional no prevé ninguna obligación general de permitir la revisión judicial de los fundamentos de una decisión de expulsar a un extranjero. Es más, hay relativamente pocos ordenamientos jurídicos que prevean un derecho de apelación para cada decisión de deportar a un extranjero; y algunos tribunales se han abstenido expresamente de inferir la existencia de este derecho. Además, la distinción entre la revisión de los fundamentos y la revisión de la legalidad subyacente no parece suficientemente establecida en la práctica de los Estados, particularmente en las jurisdicciones civiles, para que pueda constituir la base de una norma universal aplicable de derecho consuetudinario. [...] Este principio parece recogerse en el artículo 13 2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece, en parte, que un extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el Pacto deberá tener la posibilidad de que su caso sea revisado por una autoridad competente, salvo cuando haya razones imperiosas de seguridad nacional que se opongan a ello. El texto completo de este artículo parece ir más allá de lo que exige el derecho consuetudinario”. *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pág. 472 (en referencia, entre otras cosas, a la jurisprudencia nacional de Ghana, Tribunal Supremo, *Captan v. Minister of the Interior*, [1970] 2 G. y G. 457; Noruega, *State v. Czardas*, Norsk Retstidende (1955) 953 e India, *Union of India v. H. Mohmed*, [1954] A.I.R. 505 (Bom.) (se omiten otras citas).

<sup>1542</sup> 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 durante el período comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1996, CPT/Inf (97) 10, 22 de agosto de 1997, “Nacionales extranjeros detenidos en virtud de la legislación sobre extranjeros”, párr. 34: “En vista de la función esencialmente preventiva del CPT, el Comité se inclina a centrar su atención en la cuestión de si el proceso de adopción de decisiones en general ofrece garantías adecuadas para evitar que las personas puedan ser enviadas a países en los que corran el riesgo de sufrir torturas o malos tratos. A este respecto, el CPT desea estudiar si el procedimiento aplicable ofrece a las personas interesadas una oportunidad real de exponer sus argumentos, y si los funcionarios a los que se confían estos casos han recibido la formación adecuada y tienen acceso a una información objetiva e independiente sobre la situación de los derechos humanos en otros países. Asimismo, en vista de la gravedad potencial de los intereses en juego, el Comité considera que debe ser posible recurrir una decisión que implique la salida de una persona del territorio de un Estado ante otro organismo de carácter independiente, antes de su aplicación”.

<sup>1543</sup> “Respecto del derecho de apelación cabe preguntarse también si un extranjero contra el que se haya dictado una orden de expulsión tiene *derecho a ser informado de los recursos* de que dispone. El derecho que destaca el Comité de poder interponer efectivamente un recurso contra

658. Varios tratados internacionales disponen que debe darse al extranjero la posibilidad de un procedimiento de revisión en caso de expulsión<sup>1544</sup>. El alcance de la revisión puede limitarse a la legalidad de la decisión de expulsión, sin referirse a los fundamentos de hecho de ella<sup>1545</sup>. A este respecto se ha hecho una distinción

la expulsión, y el hecho de que los extranjeros necesiten en particular que se les informe de estos recursos, hace pensar que los Estados Partes tienen desde luego la obligación de informar. No obstante, en el caso *Pinkney c. Canadá* se dictó una orden de deportación contra el autor, que era un activista negro de los Estados Unidos, mientras estaba en detención preventiva. Aunque el autor se quejó de que las autoridades canadienses no le habían informado de su derecho a recurrir esta decisión, el Comité declaró que esta parte de la comunicación era inadmisibles de conformidad con el artículo 5 2) a) de la parte dispositiva, porque el autor no había agotado estos mismos recursos. Por otra parte, en la causa *Cañón García* se determinó la existencia de una violación del artículo 13 pese al hecho de que se había dado lectura al autor de los llamados “derechos Miranda” y se le había informado de que había sido detenido en el Ecuador por orden del Gobierno de los Estados Unidos. Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary*, Kehl and Rhein, N. P. Engel Publisher, 1993, pág. 231 (en referencia, respectivamente, a los casos No. 27/1978, §§ 6, 12 a 16, y No. 319/1988, § 2.4).

<sup>1544</sup> “El requisito prescriptivo de las decisiones de conformidad con la ley implica necesariamente que las facultades discrecionales queden limitadas y que las decisiones estén sujetas a la ley. Puede ocurrir que no se exija una apelación completa sobre el fondo de la cuestión, o ni siquiera que un tribunal administrativo especial atienda a los argumentos, especialmente cuando se trate de cuestiones políticas y de seguridad en las que el poder ejecutivo goza del margen más amplio de apreciación. Pero el derecho internacional exige que exista algún procedimiento para impugnar la legalidad de la acción ejecutiva, como el auto de hábeas corpus en las jurisdicciones de derecho común. No puede decirse que el requisito adicional de que se celebre una audiencia sobre el fondo de la cuestión o se ofrezca la oportunidad de exponer los argumentos, aunque suele ser habitual en los sistemas de derecho interno, haya sido reconocido como norma de derecho internacional. Sin embargo, el principio puede alegarse *de lege ferenda*. Pero no cabe duda de que la primera norma, que niega la naturaleza arbitraria y caprichosa de la expulsión, deberá aceptarse *de lege lata*. [...] El derecho internacional impone en general, como condición previa para la validez de una orden de expulsión, que se haga de conformidad con la ley. Esta norma conlleva el requisito de que exista un recurso efectivo que permita impugnar un ejercicio ilegal de las facultades discrecionales.” Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 274 (se omiten las citas).

<sup>1545</sup> “En general las leyes no prevén una *reconsideración judicial* de los hechos en que se funda la medida de expulsión dictada por las autoridades administrativas. En diversos países la jurisprudencia ha establecido claramente que procede la revisión judicial solamente cuando se impugna la *legalidad* de la orden de expulsión”. Naciones Unidas, “Estudio sobre la expulsión de inmigrantes”, Secretaría, 10 de agosto de 1955 (ST/SOA.22), párr. 76. “Un recurso basado en el fondo de la cuestión es evidentemente ventajoso desde el punto de vista sustantivo y de procedimiento, pero el elemento principal inherente en el requisito de que una decisión de expulsión sea “conforme con la ley” es “la revisión de la legalidad”. Es notable que por lo general las instituciones de derecho interno no se limiten simplemente a examinar la forma de una orden de expulsión, sino que también estén dispuestas a examinar la posibilidad de que no haya habido *bona fides*. Esto hace ver el carácter de ejercicio controlado de la autoridad y es una nueva prueba de los límites que admiten los Estados para sus facultades. El derecho internacional exige que un extranjero pueda obtener reparación por los daños que le haya causado el Estado en que se encuentre. El contenido de esta ley puede ser, en gran medida, una cuestión puramente interna. Es más, el Estado autor de la expulsión es el que mejor puede pronunciarse al respecto y quizás es la única autoridad competente para ello. Como observó el comisario Nilsen en la causa *Neer*, se reconocen claramente los límites de la competencia soberana en cuestiones sometidas a reglamentación interna: “el derecho interno y las medidas para ejecutarlo deben ser conformes con los requisitos del derecho internacional y ... todo incumplimiento de estos requisitos es un incumplimiento de una obligación legal” Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978 pág. 274 (en referencia a la causa *Neer*, U.N. Rep., vol. IV, pág. 60 (1926)) (se omiten otras citas).

entre una vista, en donde se abordan cuestiones de hecho y de derecho, y una apelación, que puede limitarse a cuestiones de derecho<sup>1546</sup>.

659. El artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce al extranjero que esté legalmente presente en el Estado que expulsa el derecho a un procedimiento de revisión en relación con dicha expulsión. Sin embargo, esta disposición no especifica el tipo de autoridad que debe realizar la revisión:

“El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, *así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.*”<sup>1547</sup> [Sin cursiva en el original.]

<sup>1546</sup> “Sin embargo, puede mantenerse una útil distinción entre la noción de vista y apelación por una parte y la existencia de un procedimiento de revisión judicial, por la otra. No es infrecuente que los Estados reserven al poder ejecutivo la competencia para apreciar los hechos y las razones en que se basa la expulsión, a la vez que permiten que el poder judicial revise la legalidad de sus acciones”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Person between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 265.

<sup>1547</sup> Véase Comité de Derechos Humanos, *Giry c. República Dominicana*, Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 20 de julio de 1990, *International Law Report*, E. Lauterpacht (ed.), C.J. Greenwood, vol. 95, págs. 321 a 327, en especial pág. 325, párr 5.5 (El Comité determinó que la República Dominicana había violado el artículo 13 del Pacto al no dar al interesado la oportunidad de someter su caso a revisión ante la autoridad competente). El Comité de Derechos Humanos llegó a una conclusión similar en el caso *Cañón García c. Ecuador*, Comunicación No. 319/1998, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/43/D/319/1988 (1991). “El Pacto Internacional [de Derechos Civiles y Políticos] habla del derecho del extranjero a someter su caso a revisión, mientras que la Convención Europea habla de un derecho de apelación; además, el Pacto menciona una revisión por una autoridad competente “o personas designadas especialmente por dicha autoridad”, afirmando así que la revisión judicial no es la única forma de revisión contemplada” Richard Plender, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pág. 484, No. 163. “De modo análogo al artículo 14 5), el artículo 13 prevé un derecho expreso de apelación a una autoridad más alta. La autoridad de apelación no ha de ser necesariamente un tribunal. Cuando una autoridad administrativa interviene en el caso, la autoridad competente puede delegar sus facultades de adopción de decisiones a una o más personas designadas específicamente con este fin. La facultad de delegar, examinada en la Tercera Comisión de la Asamblea General, fue tomada literalmente del artículo 32 2) de la Convención sobre los Refugiados”. Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary*, Kehl am Rhein, N. P. Engel Publisher, 1993 pág. 229. “El Comité sólo ha determinado la existencia de una violación al artículo 13 en los casos *Hammel c. Madagascar*, *Giry c. la República Dominicana*, y *Cañón García c. el Ecuador*, porque a los autores se les había denegado el derecho de recurrir su expulsión. [...] Por último, en abono de su decisión [en el caso *Hammel*], el Comité se remitió expresamente a su comentario general sobre la posición de los extranjeros con arreglo al Pacto, recalcando que el extranjero deberá gozar de todos los medios para presentar su recurso contra la expulsión, de modo que este derecho sea efectivo en todas las circunstancias del caso” Estas decisiones y fórmulas denotan claramente que el Comité interpreta el artículo 13 en el sentido de que los Estados partes deben *dejar en suspenso una decisión de expulsión en espera de que se resuelva la apelación*, siempre y cuando no haya razones imperativas de seguridad nacional que se opongan. Así pues, el Comité parece haberse apartado de sus anteriores conclusiones ya que en el caso *Maroufidou*, en el que el autor fue deportado por las autoridades suecas el día mismo en que se tomó la decisión de expulsión y no pudo interponer una apelación hasta que no volvió a entrar en el país ilegalmente, determinó que no había duda alguna de que el Estado parte había observado debidamente las salvaguardias de procedimiento establecidas en el

660. En relación con esta disposición, el Comité de Derechos Humanos ha recordado que el derecho a la revisión, así como las otras garantías previstas en el artículo 13, sólo pueden incumplirse por “razones imperiosas de seguridad nacional”. El Comité de Derechos Humanos ha insistido en la necesidad de que el recurso de que dispone el extranjero expulsado sea efectivo:

“El extranjero deberá gozar de todos los medios posibles para presentar su recurso contra la decisión de expulsión, de modo que este derecho sea efectivo en todas las circunstancias del caso. Los principios del artículo 13 relativos al recurso contra la expulsión y el derecho a revisión por una autoridad competente sólo pueden incumplirse por “razones imperiosas de seguridad nacional.”<sup>1548</sup>

661. El Comité de Derechos Humanos considero también que las protestas ante las misiones diplomáticas o consulares del Estado que haya efectuado la expulsión no representan una solución satisfactoria de conformidad con el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

“22) 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.”<sup>1549</sup>

662. El artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce el derecho a un recurso efectivo contra la violación de uno cualquiera de los derechos o libertades enunciados en el Convenio. Esta disposición, que es aplicable a las expulsiones que violan uno cualquiera de estos derechos o libertades<sup>1550</sup>, dispone lo siguiente:

---

artículo 13”. Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary*, Kehl am Rhein, N. P. Engel Publisher, 1993 págs. 229 y 230 (en referencia respectivamente a los casos No. 155/1983, 193/1985, 319/1988 y 58/1979, § 9.2; y Comentario General 15/27, § 10).

<sup>1548</sup> Comité de Derechos Humanos, Comentario General No. 15. La posición de los extranjeros en virtud del Pacto, 11 de abril de 1986, párr. 10. En el caso *Hammel c. Madagascar* (Comunicación No. 155/1983 de 3 de abril de 1987, documento de las Naciones Unidas, Suplemento No. 40 (A/42/40), párr. 19 2)), el Comité consideró que no se había puesto a disposición del reclamante un recurso efectivo para impugnar su expulsión.

<sup>1549</sup> Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: República Árabe Siria, 5 de abril de 2001, A/56/40 (vol. 1), párr. 81 (22), pág. 62.

<sup>1550</sup> En cambio, no está tan claro que en el caso de una expulsión sea aplicable el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. “Cuando no entra en consideración ninguno de los derechos contemplados en el Convenio, sólo son aplicables las garantías procesales relativas a los recursos en general. Si bien el artículo 6 se refiere solamente a los recursos relativos a los “derechos y obligaciones de carácter civil” y a las “acusaciones en materia penal”, el Tribunal ha interpretado esta disposición en el sentido de que incluye sanciones disciplinarias. Debe entenderse que están comprendidas medidas tales como la expulsión, que afectan de modo significativo a las personas”. Giorgio Gaja, nota 28 *supra*, págs. 309 y 310. El artículo 6 (“Derecho a un proceso equitativo”) del Convenio Europeo de Derechos Humanos dice lo siguiente:

“1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia



“Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.”

663. Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos surte el efecto de:

“[exigir] la concesión de un recurso interno que permita que la ‘instancia nacional’ conozca del fondo de la reclamación relativa al Convenio y disponga el recurso adecuado [...]. Sin embargo, el artículo 13 no llega a exigir una forma determinada de recursos.”<sup>1551</sup>

664. En lo relativo a una reclamación basada en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (véase la parte VII.C.3b) iv)) respecto de un caso de expulsión el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que el artículo 13 prescribe una investigación que:

“... debe realizarse independientemente de lo que la persona pueda haber hecho para justificar su expulsión o de cualquier amenaza percibida a la seguridad nacional del Estado que expulsa.”<sup>1552</sup>

665. En cuanto al efecto del recurso en la ejecución de la decisión, el Tribunal, al tiempo que reconocía la facultad discrecional de que gozan los Estados partes a este respecto, indicó que las medidas cuyos efectos sean potencialmente irreversibles no deberán aplicarse hasta que las autoridades nacionales hayan examinado su compatibilidad con el Convenio. En consecuencia, en la causa *Conka c. Bélgica*, el Tribunal llegó a la conclusión de que se había producido una violación del artículo 13 del Convenio:

“El Tribunal considera que la noción de recurso efectivo prevista en el artículo 13 exige que el recurso pueda impedir la ejecución de medidas que

---

deber ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a) a ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;

b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;

c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan;

d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;

e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia.”

<sup>1551</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: República Árabe Siria, 5 de abril de 2001, A/56/40 (vol. I), párr. 122.

<sup>1552</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case of Chahal v. United Kingdom*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 15 de noviembre de 1996, demanda No. 22414/93, párr. 151.

sean contrarias al Convenio y cuyos efectos sean potencialmente irreversibles ... En consecuencia, no es compatible con el artículo 13 que estas medidas se ejecuten antes de que las autoridades nacionales hayan considerado si son compatibles con el Convenio, aunque los Estados contratantes tienen un cierto margen discrecional en cuanto al modo en que cumplirán sus obligaciones con arreglo a esta disposición ...”<sup>1553</sup>

666. El artículo 1 del Protocolo No. 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales concede al extranjero expulsado el derecho a que su caso sea revisado por una autoridad competente:

“Artículo 1 – Garantías de procedimiento en caso de expulsión de extranjeros

1. Un extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado no podrá ser expulsado sino en ejecución de una resolución dictada conforme a la ley, y deberá permitírsele:

- a. exponer las razones que se opongan a su expulsión;
- b. hacer examinar su caso, y
- c. hacerse representar a tales fines ante la autoridad competente o la persona o personas designadas por la autoridad.

2. Un extranjero podrá ser expulsado antes de ejercer los derechos enumerados en los apartados a, b y c del párrafo 1 del este artículo cuando su expulsión sea necesaria en interés del orden público o se base en motivos de seguridad nacional.”

667. De modo análogo, el párrafo 2 del artículo 3 del Convenio Europeo de Establecimiento dispone lo siguiente:

“A menos que consideraciones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, un nacional de cualquier 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 contra la expulsión y *recurrir a una autoridad competente o a la persona o personas especialmente designadas por la autoridad competente, o hacerse representar ante ésta para los fines antes indicados.*” [Sin cursiva en el original.]

668. El párrafo 5 del artículo 9 del Convenio europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante, el artículo 83 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, el artículo 32 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y el artículo 31 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas prevén también la posibilidad de que se revise una decisión de expulsión.

669. El derecho a un procedimiento de revisión ha sido reconocido en términos idénticos a los del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por la Asamblea General en el artículo 7 de la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no sean nacionales del país en el que viven, anexa a la resolución 40/144 de la Asamblea<sup>1554</sup>:

<sup>1553</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case of Conka v. Belgium*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 5 de febrero de 2002, demanda No. 51564/99, párr. 79.

<sup>1554</sup> Resolución 40/144, Declaración de sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, 13 de diciembre de 1985, artículo 7.

“Un extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional lo impidan, se le permitirá que presente sus razones para oponerse a que lo expulsen y que someta su caso a examen de la autoridad competente o de una persona o personas especialmente designadas por la autoridad competente, *así como que esté representado a esos efectos ante dicha autoridad, persona o personas.*”  
[Sin cursiva en el original.]

670. En su recomendación general No. XXX, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial recalcó la necesidad de contar con un recurso efectivo en los casos de expulsión y recomendó que los Estados partes en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial velen 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.”<sup>1555</sup>

671. La exigencia de que el extranjero expulsado pueda recurrir a un procedimiento de revisión también fue destacada por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos con respecto a los inmigrantes ilegales:

“La Comisión no desea poner ni pone en tela de juicio, el derecho de todo Estado a ejercer una acción legal contra los inmigrantes ilegales y deportarlos a sus países de origen, si los tribunales competentes lo deciden. No obstante, la Comisión opina que es inaceptable deportar a individuos sin darles la posibilidad de exponer sus argumentos ante los tribunales nacionales competentes, por cuanto ello es contrario al espíritu y la letra de la Carta y al derecho internacional.”<sup>1556</sup>

672. En otro caso la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sostuvo igualmente que Zambia había violado la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos al no dar a un individuo la oportunidad de impugnar una orden de expulsión:

“36. Zambia ha infringido el artículo 7 de la Carta al no permitir a esta persona recurrir a las medidas administrativas que tenía a su alcance en virtud de la Ley de Ciudadanía ... La residencia y la condición jurídica de Banda en Zambia habían sido aceptados por todos los conceptos. Esta persona había contribuido a la política del país. Las disposiciones del párrafo 4 del artículo 12 han sido vulneradas.

[...]

38. John Lyson Chinula se encontraba en una situación aún peor. No se le dio ninguna oportunidad de impugnar la orden de deportación. El Gobierno no puede afirmar desde luego que Chinula se hubiera refugiado en la clandestinidad en 1974 cuando venció su permiso de visita. Todos los indicios apuntaban a que Chinula era un hombre de negocios y un político distinguido. Si el Gobierno deseaba tomar medidas contra él podía haberlo hecho. El que no lo hiciera no justifica el carácter arbitrario de la detención y la deportación,

<sup>1555</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, nota 1164 *supra*, párr. 25. Véanse también las observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Francia, 1º de marzo de 1994, A/49/18, párr. 144 (reconociendo el derecho de recurso).

<sup>1556</sup> Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, nota 368 *supra*, párr. 20.

el 31 de agosto de 1994. Esta persona tenía derecho a exponer sus argumentos ante los tribunales de Zambia. Zambia ha vulnerado el artículo 7 de la Carta ...

[...]

52. El apartado a) del párrafo 1 del artículo 7 dispone lo siguiente:

‘Todo individuo tendrá derecho a exponer sus argumentos ...

a) El derecho al recurso a un órgano nacional competente contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos y garantizados ...’

53. Al negar al Sr. Chinula la oportunidad de recurrir su orden de deportación el Gobierno de Zambia le ha privado del derecho a una audiencia justa en contravención de todas las leyes nacionales de Zambia y los derechos humanos internacionales.”<sup>1557</sup>

673. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa recomendó que los extranjeros expulsados del territorio de un miembro del Consejo de Europa tuvieran derecho a un recurso suspensivo que debía examinarse dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que se hubiese tomado la decisión de expulsión:

“Con respecto a la expulsión: ii) toda decisión de expulsar a un extranjero del territorio de un Estado miembro del Consejo de Europa ha de ser objeto de un derecho de recurso suspensivo; iii) si se interpone un recurso contra la expulsión, el procedimiento de apelación deberá haberse completado dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que se tomó la decisión original de expulsión ...”<sup>1558</sup>

674. Además, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa consideró que el derecho de revisión también era aplicable a los extranjeros en situación ilegal:

“Un extranjero que no posea un permiso válido de residencia sólo 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 sólo podrá ser expulsada del territorio de un Estado Miembro en cumplimiento de una orden judicial firme.”<sup>1559</sup>

675. El Relator Especial Davis Weissbrodt hizo hincapié en el derecho a impugnar una expulsión en el caso de los extranjeros sospechados de terrorismo:

“No debe expulsarse a los no ciudadanos sospechosos de terrorismo sin que tengan la oportunidad de impugnar su expulsión por vía legal.”<sup>1560</sup>

<sup>1557</sup> Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Comunicación No. 212/98, *Amnesty International v. Zambia, Twelfth Annual Activity Report, 1998-1999*.

<sup>1558</sup> Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, Recomendación 1624 (2003): Common policy on migration and asylum, 30 de septiembre de 2003, párr. 9.

<sup>1559</sup> Consejo de Europa, nota 607 *supra*, párrs. 9 y 10.

<sup>1560</sup> Los derechos de los no ciudadanos, nota 460 *supra*, párr. 28 [se omite la cita].

676. El 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 (No. 111) y del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, de 1982 (No. 158), 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.”<sup>1561</sup>

677. Asimismo, cabe señalar a la atención la legislación de la Unión Europea respecto de la expulsión de ciudadanos de la Unión, y de nacionales de terceros países. En lo relativo a los ciudadanos de la Unión, la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, establece lo siguiente:

“Artículo 31: 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 propuesta. Garantizará asimismo que la decisión no sea desproporcionada, en particular, respecto de los requisitos establecidos en el artículo 28.

<sup>1561</sup> Organización Internacional del Trabajo, nota 1155 *supra*, párr. 37 [se omite la nota final].

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.”<sup>1562</sup>

678. 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 lo siguiente:

“4. 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].”<sup>1563</sup>

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.”<sup>1564</sup>

679. Ya en 1892 el Instituto de Derecho Internacional señalaba, con respecto a la expulsión de los extranjeros, la conveniencia de un procedimiento de revisión que permitiese a la persona recurrir ante una autoridad independiente que fuera competente para examinar la legalidad de la expulsión. No obstante, el Instituto opinó que una expulsión podía efectuarse a título provisional independientemente de que se hubiera interpuesto un recurso y que no era necesario conceder recursos a “extranjeros que, en época de guerra o de inminencia de guerra, pongan en peligro la seguridad del Estado con su conducta” (párrafo 10 del artículo 28 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.”<sup>1565</sup>

Conviene que, en el caso de una expulsión ordinaria, prescindiendo incluso de los casos en que se declara a la persona exenta de la expulsión con arreglo a la ley, el expulsado pueda recurrir a un tribunal superior, judicial o administrativo, independiente del Gobierno.”<sup>1566</sup>

<sup>1562</sup> Corrigendum a la Directiva 2004/38/CE, nota 745 *supra*.

<sup>1563</sup> 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, artículo 4.

<sup>1564</sup> Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, *Diario Oficial L 16*, págs. 44 a 53.

<sup>1565</sup> *Règles internationales*, nota 56 *supra*, artículo 21 [original en francés].

<sup>1566</sup> *Ibid.*, artículo 34 [original en francés].

El Tribunal se pronunciará exclusivamente sobre la legalidad de la expulsión, sin evaluar la conducta de la persona ni las circunstancias que, a juicio de las autoridades, han hecho la expulsión necesaria.<sup>1567</sup>

En el caso del párrafo 10 del artículo 28, no habrá ningún recurso.<sup>1568</sup>

La expulsión podrá llevarse a cabo a título provisional, independientemente del recurso.”<sup>1569</sup>

680. Las leyes nacionales discrepan en cuanto a permitir<sup>1570</sup> o no<sup>1571</sup> que se revise una decisión de expulsión. Asimismo el Estado puede: 1) autorizar una moción para reabrir el caso o reconsiderar la decisión pertinente<sup>1572</sup>, incluso con respecto a una nueva alegación de la condición de persona protegida<sup>1573</sup>; 2) conferir expresamente al Gobierno un derecho de recurso<sup>1574</sup>; 3) prohibir el recurso o ciertas formas de mitigación de la orden de deportación cuando el extranjero expulsado constituya una

<sup>1567</sup> Ibid., artículo 35 [original en francés].

<sup>1568</sup> Ibid., artículo 36 [original en francés].

<sup>1569</sup> Ibid., artículo 37 [original en francés].

<sup>1570</sup> Argentina, Ley de 2004, artículos 74 y 75, 77 a 81, 84 y 85; Australia, Ley de 1958, artículos 202 2) c) y 3) c), Belarús, Decisión del Consejo de 1999, artículo 20 y Ley de 1998, artículos 15 y 29; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 8 2), 21 2), 62 5) y 76 6), Canadá, Ley de 2001, artículos 63 2) y 3), 5), 64, 66 y 67, 62a 64; Chile, Decreto de 1975, artículo 90; República Checa, Ley de 1999, artículo 162; Francia, Código, artículos L213-2, L513-3, L514-1 2), L524-2, L524-4 y L555-3; Grecia, Ley de 2001, artículo 44 5); Guatemala, Decreto Ley de 1986, artículo 131; Hungría, Ley de 2001, artículo 42 1); Irán, Ley de 1931, artículo 12, Reglamento de 1963, artículo 16; Italia, Ley de 2005, artículos 3 4) y 5), Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículos 13 3), 5 bis), 8), 11), 13bis 1), 4) y 14 6), Ley No. 40 de 1998, artículo 11 8) a 11), Decreto ley de 1996, artículos 7 1) y 3); Japón, Orden de 1951, artículos 10 9) y 10), 11 1), 48 8) y 9) y 49; República de Corea, Ley de 1992, artículo 60 1), Decreto de 1993, artículos 64 y 65 1); Lituania, Ley de 2004, artículo 136; Malasia, Ley de 1959-1963, artículos 9 8) y 33 2); Nigeria, Ley de 1963, artículo 21 2); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 86 1) y 2); Portugal, Decreto Ley de 1998, artículos 22 2), 23 y 121; Sudáfrica, Ley de 2002, artículos 8 1) y 2); España, Ley de 2000, artículo 26 2); Suecia, Ley de 1989, capítulo 7, artículos 1 a 8 y 11 a 18; Suiza, Reglamento de 1949, artículo 20 2) y Ley Federal de 1931, artículo 20; y Estados Unidos, INA, artículos 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, artículo 202 2) c), 3) c); Italia, Ley de 2005, artículo 3 4) y 5), y Estados Unidos, INA, artículo 505); 2) la decisión atañe a la condición de persona protegida alegada por el extranjero (Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 76 6), y Suecia, Ley de 1989, capítulo 7, artículos 4 y 5; o 3) la decisión recurrida es una denegación de la solicitud del extranjero expulsado para volver a entrar en el Estado (Belarús, Ley de 1998, artículo 29; y Francia, Código, artículo L524-2).

<sup>1571</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 28 2), 44 1), 49 3), 71 6), 78 1) y 84 2); Canadá, Ley de 2001, artículo 64; Malasia, Ley de 1959-1963, artículo 33 2); Nigeria, Ley de 1963, artículo 30 2), y Estados Unidos, INA, artículo 242 a) 2)-3). La imposibilidad de recurrir puede prescribirse específicamente para las decisiones sobre la condición de persona protegida o los permisos concedidos por razones humanitarias (Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 49 3), 78 1) y 84 2)). También puede establecerse cuando existan ciertas razones para la expulsión o la denegación de entrada del extranjero (Canadá, Ley de 2001, artículo 64, y Malasia, Ley de 1959-1963, artículo 33 2)).

<sup>1572</sup> Brasil, Ley de 1980, artículo 71; Guatemala, Decreto Ley de 1986, artículo 130, y Estados Unidos, INA, artículo 240 b) 5) C)-D), c) 6)-7).

<sup>1573</sup> Estados Unidos, INA, artículo 240 c) 6)-7).

<sup>1574</sup> Canadá, Ley de 2001, artículos 63 4), 70 1)-2) y 73; Suiza, Ley Federal de 1931, artículo 20 2), y Estados Unidos, INA, artículos 235 b) 3), 238 c) 3) A) i) y 505 c). Este derecho puede conferirse específicamente con respecto a alegaciones de la condición de persona protegida (Canadá, Ley de 2001, artículo 73, o a medidas relativas a los extranjeros que presuntamente hayan participado en actos de terrorismo (Estados Unidos, INA, artículo 505 c) 1)).

amenaza para el orden público o la seguridad nacional del Estado, o haya participado presuntamente en actos de terrorismo<sup>1575</sup>; 4) permitir que ciertos recursos sólo puedan ser interpuestos por extranjeros que no estén en el territorio del Estado<sup>1576</sup>; 5) conferir específicamente un derecho de recurso a los residentes permanentes<sup>1577</sup> o a las personas protegidas<sup>1578</sup>, o 6) reservar la revisión a un tribunal interno, incluso para las reclamaciones planteadas en virtud de convenios internacionales<sup>1579</sup>.

681. El Estado puede exigir que se tome una decisión informando al extranjero de los derechos de recurso que pueda ejercer<sup>1580</sup>. El plazo para pedir la revisión puede empezar cuando se toma la decisión de expulsión<sup>1581</sup>, cuando se comunica al interesado o cuando se dan sus razones<sup>1582</sup>. El Estado puede<sup>1583</sup> suspender, o no<sup>1584</sup> la ejecución de la decisión mientras el recurso esté pendiente, y puede conceder una suspensión 1) cuando el extranjero haya sido expulsado o es probable que vaya a serlo<sup>1585</sup>; o 2) previa solicitud de un organismo internacional pertinente, a menos que existan razones extraordinarias para no conceder la suspensión<sup>1586</sup>. El Estado podrá encarcelar a un funcionario por haber deportado a un extranjero, salvo que se haya tomado una decisión final y vinculante de expulsar al extranjero<sup>1587</sup>, y

<sup>1575</sup> Canadá, Ley de 2001, artículo 64 1) y Estados Unidos, INA; artículos 242 a) 1) B) ii) y 504 k).

<sup>1576</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 35; Francia, Código, artículo L524-3. Este recurso puede incluir una solicitud para el levantamiento de la prohibición de volver a entrar en el país del extranjero (Francia, Código, artículos L541-2 y L541-4).

<sup>1577</sup> Canadá, Ley de 2001, artículo 63 2).

<sup>1578</sup> Ibid., artículo 63 3).

<sup>1579</sup> Estados Unidos, INA, artículo 242 a) 4) y 5).

<sup>1580</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 8 2) y 76 6), Francia, Código, artículo L213-2; Japón, Orden de 1951, artículos 10 9) y 48 8); Portugal, Decreto Ley de 1998, artículos 22 2) y 120 2); República de Corea, Decreto de 1993, artículo 74; España, Ley de 2000, artículos 26 2) y 57 9), y Suiza, Ley Federal de 1931, artículo 19 2). Este requisito puede imponerse específicamente con respecto a las reclamaciones relativas a la condición de persona protegida (Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 76 6)).

<sup>1581</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 35, y Estados Unidos, INA, artículos 238 b) 3) y 240 b) 1).

<sup>1582</sup> Argentina, Ley de 2004, artículos 75 y 84; Belarús, Ley de 1998, artículo 15; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 21 2), 43 1), 62 5), 70 1); Canadá, Ley de 2001, artículos 72 2) b) y 169 f); Hungría, Ley de 2001, artículo 42 1); Irán, Reglamento de 1973, artículo 16, y Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 86.

<sup>1583</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 82; Belarús, Decisión del Consejo de 1999, artículo 20, Ley de 1998, artículo 31; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 43 2), 44 2), 49 4), 58 1), 78 2) y 84 3) y 4); Canadá, Ley de 2001, artículos 49 1), 68 y 70 1) y 2); Chile, Decreto de 1975, artículo 90; Francia, Código, artículo L513-3; Irán, Ley de 1931, artículo 12; Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículo 16 7); Japón, Orden de 1951, artículos 11 1) y 49 1); Malasia, Ley de 1959-1963, artículo 33; Nigeria, Ley de 1963, artículo 21 2); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 87; República de Corea, Ley de 1992, artículo 60 1); Sudáfrica, Ley de 2002, artículo 8 2) b); Suecia, Ley de 1989, capítulo 8, artículo 10 y capítulo 11, artículo 4; y Estados Unidos, INA, artículos 101 a) 47) B) y 242 f). Puede prescribirse la suspensión con sujeción a determinadas condiciones (Canadá, Ley de 2001, artículo 68; Francia, Código, artículo L513-3; Irán, Ley de 1931, artículo 12; y Estados Unidos, INA, artículo 242 f)). La negativa a conceder la suspensión solicitada puede entrañar la desestimación del correspondiente recurso (Canadá, Ley de 2001, artículo 69 1)).

<sup>1584</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 21 3), 62 6) y 70 2); República Checa, Ley de 1999, artículo 172 4); Italia, Ley de 2005, artículo 3 4) y 4 bis), Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículo 13 5 bis); Sudáfrica, Ley de 2002, artículo 8 2) a); y Suecia, Ley de 1989, capítulo 8, artículos 7 a 9. Esta prohibición puede imponerse cuando el extranjero haya participado presuntamente en un acto de terrorismo (Italia, Ley de 2005, artículos 3 4) y 4 bis)).

<sup>1585</sup> Australia, Ley de 1958, artículos 151 y 153.

<sup>1586</sup> Suecia, Ley de 1989, capítulo 8, artículo 10 a).

<sup>1587</sup> Paraguay, Ley de 1996, artículos 108, 110.



disponer que, si no se ha tomado una decisión de revisar el caso en un plazo determinado, podrá considerarse que el recurso ha sido desestimado tácitamente<sup>1588</sup>.

682. Los límites al alcance de la revisión en las situaciones pertinentes son los siguientes: 1) las garantías procesales y el carácter razonable de la revisión<sup>1589</sup>; 2) que la decisión impugnada sea errónea de hecho, de derecho, o por ambos conceptos<sup>1590</sup>; 3) que se hayan respetado las normas de la justicia natural<sup>1591</sup>; 4) que la objeción sea razonable<sup>1592</sup> o bien fundamentada<sup>1593</sup>; o, 5) que haya un abuso de poder discrecional o que las conclusiones de la decisión sean manifiestamente contrarias a derecho, o a los hechos claros y convincentes que figuran en autos<sup>1594</sup>. Cuando el extranjero haya participado presuntamente en actos de terrorismo, el tribunal podrá proceder a una revisión *de novo* de las cuestiones jurídicas y ver si puede aplicarse el calificativo “claramente erróneos” al reconsiderar los hechos<sup>1595</sup>. El Estado puede limitar el alcance de la revisión si el extranjero ya ha salido de su territorio<sup>1596</sup>. El Estado puede limitar también el derecho que asiste al órgano encargado de la revisión de hacer valer consideraciones humanitarias, salvo que el extranjero reúna específicamente las condiciones necesarias para beneficiarse de estas consideraciones<sup>1597</sup>. Además, el Estado podrá autorizar expresamente el mantenimiento en vigor de una decisión de expulsión si no se presentan nuevas circunstancias durante el período en que el extranjero tiene prohibido permanecer en el territorio del Estado<sup>1598</sup>.

683. Numerosos tribunales nacionales han reconocido el derecho a invocar un procedimiento de revisión de una decisión de expulsión<sup>1599</sup>. El Tribunal Supremo de

<sup>1588</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 76.

<sup>1589</sup> *Ibid.*, artículo 89.

<sup>1590</sup> Canadá, Ley de 2001, artículo 67 1) a).

<sup>1591</sup> *Ibid.*, artículos 67 1) b) y 71.

<sup>1592</sup> Japón, Orden de 1951, artículos 11 3) y 49 3).

<sup>1593</sup> República de Corea, Ley de 1992, artículo 60 3).

<sup>1594</sup> Estados Unidos, INA, artículos 210 e) 3) B) y 240 b) 4) C)-D).

<sup>1595</sup> *Ibid.*, artículo 505 a) 3), c) 4) C) y D).

<sup>1596</sup> Austria, Ley de 2005, artículo 3.57.

<sup>1597</sup> Canadá, Ley de 2001, artículo 65 y 67 1) c).

<sup>1598</sup> Polonia, Ley No. 1775 de 2003, artículo 21 1) 7).

<sup>1599</sup> *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, Tribunal de Apelaciones de Inglaterra, 23 de mayo de 2000, *International Law Reports*, volumen 124, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood, A.G. Oppenheimer (eds.), págs. 511 a 550; *Regina v. Spalding*, Canadá, Tribunal de Apelaciones de British Columbia, 6 de julio de 1955, *International Law Reports*, 1955, H. Lauterpacht (ed.), págs. 510 y 511; *Masella v. Langlais*, Canadá, Tribunal Supremo, 7 de marzo de 1955, *International Law Reports*, 1955, H. Lauterpacht (ed.), págs. 490 a 497. “Todas las personas incluidos los extranjeros y los apátridas, deben tener la oportunidad de defender sus derechos y libertades en el sistema judicial constitucional, si los derechos y libertades que les garantiza la Constitución de la Federación Rusa han sido violados por una ley. Por consiguiente, el apátrida Yahya Dashti Gafur tiene derecho a interponer un recurso ante el Tribunal Constitucional de la Federación de Rusia”. *Dictamen No. 6*, nota 239 *supra*. “No obstante, como el extranjero tenía derecho a recurrir al poder judicial en virtud del “hábeas corpus”, existía un recurso contra el abuso posible del derecho de expulsión”. *In re Everardo Diaz*, Brasil, Supremo Tribunal Federal, 8 de noviembre de 1919, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1919 a 1922, Sir John Fischer Williams y H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 179, págs. 254 a 257, en especial pág. 255. “Este órgano está encargado, en particular, de adoptar decisiones de expulsión (artículo 3 de la Ley) y sus decisiones pueden recurrirse ante el Consejo de Estado...” *Dame X v. Conseil d’État du Canton de Genève*, Suiza, Tribunal Federal, 2 de abril de 1987, *International Law Reports*, volumen 102, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood, A.G. Oppenheimer (eds.), págs. 195 a 197, en especial pág. 197; “Por consiguiente, corresponde al Consejo llevar a cabo esta revisión de los decretos por los que se aprobaron las resoluciones del Departamento de Policía Nacional expulsando a los extranjeros, para determinar si se había observado el

los Estados Unidos, en el caso *Immigration and Naturalization Service v. St. Cyr*, sostuvo que el derecho de un extranjero a recurrir una orden de expulsión estaba protegido 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, cláusula 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’. Esta cláusula hace 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 necesariamente que si aceptáramos la aseveración del INS de que las leyes de 1996 han retirado estas facultades a los jueces federales y no han proporcionado un sustituto adecuado para su ejercicio, ello plantearía un grave problema respecto de la cláusula de suspensión ... Además, llegar a la conclusión de que en este contexto el mandamiento judicial ya no existe supondría apartarse de la práctica histórica en materia de leyes sobre inmigración”<sup>1600</sup>.

684. Sin embargo, algunos tribunales nacionales han observado que con frecuencia el alcance de esta visión es muy limitado<sup>1601</sup>. Por ejemplo, en el Reino Unido:

“El magistrado que conozca del recurso 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 la decisión depende de las facultades discrecionales del Secretario de Estado,

---

procedimiento prescrito de investigación e información”. *In re Watemberg*, Colombia, Consejo de Estado, 13 de diciembre de 1937, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1938-1940, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 137, págs. 384 a 386, en especial pág. 386. “El Consejo de Estado no está facultado para juzgar si el Ministro de Justicia tenía razón al considerar que la presencia de un determinado extranjero era perjudicial para la seguridad del país. Al propio tiempo, se produciría un abuso de poder si la expulsión se decidiera sin que ninguna circunstancia la justifique, por ejemplo, sobre la base de hechos inexistentes o que no puedan considerarse en derecho razones válidas para la expulsión”. *Cazier v. Belgian State (Minister of Justice)*, Consejo de Estado, 13 de julio de 1953, *International Law Reports*, 1953, H. Lauterpacht (ed.), págs. 335 y 336. “Según el proceso fijo e inalterado de adopción de decisiones, las disposiciones legales expresas y la opinión de diversos autores, el Tribunal no tiene competencia para juzgar de la oportunidad, conveniencia o justicia de la expulsión” *En re Manoel Osorio*, Supremo Tribunal del Brasil, 126 *Revista de Direito* 72, 27 de junio de 1936 (per ILR, Nota a *In re Bernardo Groisman*, Argentina, Corte Suprema Federal, 22 de julio de 1935, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1935 a 1937, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 163, págs. 345 a 347, en especial pág. 346. “La expulsión de extranjeros es un acto de soberanía del Estado, cuya idoneidad debe ser determinada, por regla general, por el poder ejecutivo. El poder judicial ha de limitarse a establecer en cada caso si la acción del poder ejecutivo es conforme con la ley de expulsión en vigor en aquél momento”. *In re Canevale*, Brasil, Supremo Tribunal, 19 de julio de 1939, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1938-1940, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 141, págs. 390 y 391, en especial pág. 390.

<sup>1600</sup> *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).

<sup>1601</sup> Véase por ejemplo, *Perregaux*, Consejo de Estado, 13 de mayo de 1977, *International Law Reports*, volumen 74, E. Lauterpacht C.J. Greenwood (eds.), págs. 427 a 430, en especial pág. 429. “En primer lugar, las razones expuestas en la decisión no son erróneas en derecho. En segundo lugar, del procedimiento de investigación no se desprende que las facultades discrecionales ejercidas por el Ministro del Interior al decidir que, en general, las actividades y la conducta de Berthier Perregaux constituían una amenaza al orden público, se basaban en hechos inexactos o implicaban un error evidente”.

‘que estas facultades discrecionales debían haberse ejercido de un modo distinto’. De no ser así, los recursos deben desestimarse.”<sup>1602</sup>

685. El alcance de la revisión es aún más limitado en los Estados Unidos, cuyo Tribunal Supremo hizo la siguiente aclaración:

“Aparte de la cuestión de saber si había alguna prueba que corroborase la orden, los tribunales no revisaron en general las determinaciones fácticas realizadas por el poder ejecutivo, aunque sí revisaron las determinaciones jurídicas de este mismo ejecutivo ... Una y otra vez los tribunales respondieron a cuestiones de derecho en procedimientos de hábeas corpus interpuestos por extranjeros que impugnaban las interpretaciones de las leyes de inmigración hechas por el poder ejecutivo.”<sup>1603</sup>

686. Por otra parte, en 1941 la Corte Federal y de Casación de Venezuela resolvió lo siguiente:

“El derecho de expulsión de extranjeros indeseables, así como de exclusión o expulsión de extranjeros que no reúnan las condiciones para permanecer en el país, está basado en el libre ejercicio de la soberanía del Estado, por lo que es natural que no exista ningún derecho de recurso contra ello por ninguna razón. En virtud de una disposición de Venezuela, como salvaguardia contra los posibles errores en los decretos de expulsión con respecto a la nacionalidad de la persona que debe ser expulsada, la ley permite que dicha persona alegue la nacionalidad venezolana. Es fácil ver que esta alegación no afecta en modo alguno al derecho efectivo de expulsión, que es una manifestación categórica de la soberanía nacional. En efecto, se trata de una confirmación implícita del hecho esencial de que un decreto de expulsión de extranjeros perniciosos no es impugnabile.”<sup>1604</sup>

687. En algunos sistemas nacionales, el alcance de la revisión judicial de las decisiones de expulsión está limitado ulteriormente cuando la decisión se basa en razones de seguridad nacional u orden público<sup>1605</sup>. Sin embargo, en el Reino Unido, tras la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la causa *Chahal*, se suprimió la prohibición de interponer recurso de apelación cuando la expulsión se fundaba en motivos de seguridad nacional<sup>1606</sup>.

<sup>1602</sup> *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, Tribunal de Apelaciones de Inglaterra, 23 de mayo de 2000, *International Law Reports*, volumen 124, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood, A.G. Oppenheimer (eds.), págs. 511 a 550, en especial pág. 540 (Lord Hoffman).

<sup>1603</sup> *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).

<sup>1604</sup> *In re Krupnova*, Venezuela, Corte Federal y de Casación, 27 de junio de 1941, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1941-1942*, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 92, pág. 309.

<sup>1605</sup> Véase, por ejemplo *Secretary of State of the Home Department v. Rehman*, Tribunal de Apelaciones de Inglaterra, 23 de mayo de 2000, *International Law Reports*, volumen 124, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood, A.G. Oppenheimer (eds.), págs. 511 a 550. “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 Salon*, Francia, Consejo de Estado, 3 de abril de 1940, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1919-1942* (suplemento) H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 105, págs. 198 y 199.

<sup>1606</sup> *Ibid.*, págs. 531 y 532. “A pesar de esa prohibición, se creó un mecanismo consultivo para promover el examen de la decisión del Secretario de Estado tomada en virtud de esa Ley. No obstante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la causa *Chahal v. United Kingdom*

## b) Determinación del Estado de destino

688. El extranjero puede gozar de un derecho independiente de recurso con respecto a la determinación del Estado de destino de resultados de la expulsión, a diferencia de la exclusión en virtud de la ley nacional.

“En los procedimientos de exclusión, los Estados suelen asumir una mayor latitud 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 sólo 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.”<sup>1607</sup>

689. Sin embargo, la existencia de este derecho en derecho internacional no está clara.

## 10. La excepción de seguridad nacional u orden público

690. Los derechos procesales de un extranjero en los casos de expulsión pueden ser objeto de excepciones basadas en razones de seguridad nacional o de orden público, con arreglo a las disposiciones del tratado pertinente o de la legislación nacional<sup>1608</sup>.

---

(1996) 23 EHRR 413, consideró que ese mecanismo no constituía un remedio efectivo con arreglo al artículo 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1953) (Cmnd. 8969) [...] Por lo tanto, quedó suprimida la prohibición de interponer recurso de apelación en los casos en que la decisión de deportar se fundara en que el motivo de la deportación era el bien común, por ser en interés de la seguridad nacional o de las relaciones entre el Reino Unido y cualquier otro país o por cualquier otro motivo de naturaleza política”.

<sup>1607</sup> Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, págs. 223 y 224 (se omiten las citas) (véase *R. v. Governor of Brixton Prison, ex parte Sliwa* [1952] 1 All E.R. 187).

<sup>1608</sup> “En virtud del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Protocolo 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, los extranjeros que estén legalmente presentes en un Estado tienen derecho a garantías de procedimiento antes de ser expulsados, incluido el examen por una autoridad competente y la oportunidad de exponer sus razones contra la expulsión. Sin embargo, estos derechos de procedimiento pueden denegarse si así lo exige la seguridad nacional. Aunque el Comité de Derechos Humanos ha indicado repetidamente que no ‘pondrá a prueba la evaluación de un Estado soberano con respecto al peligro para la seguridad que representa el extranjero’, ha rechazado justificaciones de seguridad nacional para expulsiones sumarias cuando el Estado no pudo demostrar por qué hacían falta estas medidas extremas. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ofrece pocas indicaciones sobre la excepción de la seguridad nacional en este contexto; sin embargo, algunos académicos han insistido en que debe exigirse una prueba objetiva de la justificación por razones de seguridad nacional”. David Fisher et al; nota 130 *supra*, pág. 117 (en referencia a *V.M.R.B. c. Canadá*, Com. No. 236/1987, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/33/236/1987 (1987) en 6.3; *J.R.C. c. Costa Rica* 296/1988 en 8.4) y

691. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce explícitamente esta posibilidad por “razones imperiosas de seguridad nacional”:

“El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.”<sup>1609</sup>

No. 230 (“En el caso *Giry c. República Dominicana*, Com. No. 193/1985, 95ILR 321 (1990), la República Dominicana interceptó al autor en el aeropuerto cuando trataba de comprar un billete de avión para Saint-Barthelemy y lo metió sin contemplaciones en un vuelo con destino a Puerto Rico, donde fue detenido por agentes estadounidenses por un presunto delito de drogas. El Comité desestimó el argumento de la República Dominicana según el cual la expulsión sumaria era necesaria por razones de seguridad, observando que ‘la intención del autor era salir de la República Dominicana por voluntad propia, con destino a otro país’, Id. en 5.5. De modo análogo, en el caso *Hammel c. Madagascar*, Com. No. 155/1983, de 3 de abril de 1987, documento de las Naciones Unidas Supp. No. 40 (A/42/40), el Comité llegó a la conclusión de que el Estado había violado el artículo 13 al expulsar a un abogado, al parecer porque había representado a clientes en casos anteriores sometidos al Comité de Derechos Humanos, y que el Estado no había presentado ninguna prueba de que la expulsión sumaria fuera necesaria por razones de seguridad”). (se omiten las otras citas).

<sup>1609</sup> En el caso *Eric Hammel c. Madagascar* (Comunicación No. 155/1983, de 3 de abril de 1987, documento de las Naciones Unidas Supp. No. 40 (A/42/40), párr. 19 2)), el Comité consideró que no había “razones imperiosas de seguridad nacional” para privar al reclamante de su derecho a un recurso efectivo para impugnar su expulsión. “Como se ha mencionado anteriormente, las garantías de procedimiento del artículo 13 están sujetas a la reserva de que no se opongan a ellas “razones imperiosas de seguridad nacional” (“*des raisons impérieuses de sécurité nationale*”), salvo por el requisito de que la decisión se tome de conformidad con la ley. Esta disposición se ha tomado literalmente del párrafo 2 del artículo 32 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados; no obstante, debe interpretarse en el contexto general del Pacto. Un Estado sólo puede alegar razones de seguridad nacional en casos graves de amenazas políticas o militares contra toda la nación. Además, la fórmula “razones imperiosas” indica que esta disposición excepcional tiene un alcance especialmente limitado de aplicación. Los espías peligrosos, los agentes o los terroristas pueden ser expulsados de conformidad con esta disposición incluso sin audiencia previa, recurso o representación. Sin embargo, esta decisión debe tomarse de conformidad con la ley. En el caso *Hammel*, el Comité señaló que Madagascar no había expuesto ninguna razón imperiosa de seguridad nacional que justificase la expulsión del abogado francés, violando con ello el Pacto. En el caso *Giry*, el Gobierno de la República Dominicana invocó explícitamente esta cláusula de limitación afirmando que las personas contra las que había una orden de detención internacional por presunto delito de tráfico de drogas constituían un peligro para la seguridad nacional que justificaba una expulsión sumaria. No obstante, el Comité rechazó este argumento y observó que “aunque el Estado Parte ha invocado específicamente la excepción basada en razones de seguridad nacional para justificar la decisión de obligar a la persona a subir a un aeroplano destinado a la jurisdicción de los Estados Unidos de América, la intención del autor era salir de la República Dominicana por voluntad propia, con destino a otro país”. Puede concluirse, pues, que, en comparación, el Comité aplica normas estrictas para la interpretación de “razones imperiosas de seguridad nacional”. Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary*, Kehl and Rhein, N.P. Engel Publisher, 1993, pág. 232 (en referencia al caso *Hammel*, No. 155/1983, § 19.2; y el caso *Giry*, No. 193/1985 §§ 4.3 y 5.5) y No. 48 (“el artículo 1 del Protocolo 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que está basado en el artículo 13, no adopta, por otra parte, las “razones imperiosas”, sino que añade a la restricción de la seguridad nacional el argumento de mucho mayor alcance del “orden público”. Dado que esto no incluye una prohibición de expulsión, sino solamente garantías de procedimiento, esta

692. En la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, que figura anexa a la resolución 40/144 de la Asamblea General, se prevé la misma excepción<sup>1610</sup>.

693. Cabe mencionar también el párrafo 1 del artículo 1 del Protocolo No. 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Cuando una expulsión “es necesaria en interés del orden público o por razones de seguridad nacional”, esta disposición permite llevar a cabo la expulsión antes de que el extranjero pueda ejercer los derechos de procedimiento de que gozaría en condiciones normales.

“Artículo 1 – Garantías de procedimiento en caso de expulsión de extranjeros

1. Un extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado no podrá ser expulsado sino en ejecución de una resolución dictada conforme a la ley, y deberá permitírsele:

- a. exponen las razones que se opongan a su expulsión;
- b. hacer examinar su caso, y
- c. hacerse representar a tales fines ante la autoridad competente o la persona o personas designadas por esa autoridad.

2. Un extranjero podrá ser expulsado antes de ejercer los derechos enumerados en los apartados a, b y c del párrafo 1 de este artículo, *cuando su expulsión sea necesaria en interés del orden público o se base en motivos de seguridad nacional.*” [Sin cursiva en el original.]

694. De modo análogo, el párrafo 2 del artículo 3 del Convenio Europeo de Establecimiento habla a este respecto de “consideraciones imperiosas de seguridad nacional”.

*“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 apelar a la autoridad competente o a una persona o personas especialmente designadas por la autoridad competente, y hacerse representar a estos efectos ante dicha autoridad.”* [Sin cursiva en el original.]

695. En el marco de la Unión Europea, cabe señalar el párrafo 2 del artículo 30 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, que permite que un Estado, para proteger “las razones de seguridad del Estado”, incumpla el requisito de informar al extranjero expulsado de las razones de su expulsión.

“Artículo 30: Notificación de las decisiones

2. Se comunicarán al interesado, con precisión y por extenso, las razones de orden público, seguridad pública o salud pública en las que se base la decisión que le afecte, *a menos que a ello se opongan razones de seguridad del Estado.* [...]” [Sin cursiva en el original.]

---

cláusula de limitación parece bastante general”) (se omiten otras citas) (sin cursiva en el original).

<sup>1610</sup> Resolución 40/144, Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, 13 de diciembre de 1985.

696. Además, las razones relativas a la seguridad nacional pueden justificar la celebración de un procedimiento *ex parte* o *in camera*<sup>1611</sup>.

## IX. Ejecución de la decisión de expulsión

### A. Salida voluntaria

697. No está claro que, conforme al derecho internacional, un extranjero tenga derecho a exigir que se le permita salir voluntariamente del país antes de ser objeto de medidas de compulsión. Sin embargo, el derecho interno sí puede reconocer a un extranjero a quien se ha comunicado una orden de expulsión el derecho, la prerrogativa o la oportunidad de abandonar voluntariamente el territorio del Estado que expulsa<sup>1612</sup>.

“La deportación ... es el medio por el que un Estado se deshace de un extranjero no deseado. Su finalidad se cumple en cuanto el extranjero

<sup>1611</sup> “Los procedimientos de inmigración deben respetar los principios generales de la equidad procesal. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tiene un artículo, el artículo 13, dedicado específicamente a los procedimientos de expulsión ... La excepción de ‘razones imperiosas’ de seguridad nacional puede justificar procedimientos *ex parte* o *in camera* en los casos de terrorismo”. Alexander T. Aleinikoff, nota 119 *supra*, pág. 19. “Incluso estas garantías limitadas pueden desestimarse si hay ‘razones imperiosas de seguridad nacional’ —disposición ésta que puede dar pie a procedimientos *ex parte* o *in camera* en los casos de terrorismo”. David A. Martin, “The Authority and Responsibility of States” Alexander T. Aleinikoff y V. Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003, págs. 31 a 45, en especial pág. 39.

<sup>1612</sup> “No obstante, las autoridades nacionales de inmigración suelen tener un margen de discrecionalidad para permitir que el extranjero abandone voluntariamente el país o para deportarlo a un destino concreto. La existencia de ese margen de discrecionalidad para decidir un destino particular viene impuesta por criterios de necesidad práctica”. Ivan Anthony Shearer, *Extradition in International Law*, Manchester, University Press, 1971, pág. 77 (se omiten las citas) (en relación con *United States ex rel. Frangoulis v. Shaughnessy*, 210 F. 2nd 592 (2nd Cir. 1954); *R. v. Governor of Brixton ex parte Sliwa* [1952] 1 K.B. 169 (Ct. App.); *In re Guerreiro*, 18 *Int'l L. Rep.* 315 (Corte Suprema de la Argentina, 1951)). “Aunque la deportabilidad debe acreditarse con pruebas claras, inequívocas y convincentes, se observará que las facultades del Ejecutivo no están tan estrictamente limitadas cuando el extranjero solicita una medida discrecional, como la suspensión de la deportación, la asimilación de su situación a la de residente permanente o la salida voluntaria del país. [...] Si el extranjero reconoce que es susceptible de deportación, en ciertas circunstancias podrá acogerse al privilegio de salida voluntaria. 8 U.S.C. artículo 1251 b); artículo. 1254 e). La discrecionalidad para permitir salidas voluntarias se aplica siempre que no existan motivos para creer que el extranjero puede ser deportado en aplicación de los artículos 1251 a) 4), 5), 6), 7), 11), 12), 14), 15), 16), 17) o 18), es decir, con carácter general, por haberse dedicado a actividades subversivas o delictivas, a la prostitución o al tráfico de drogas o por haber contribuido a la infracción de los requisitos de inscripción de los extranjeros. El Fiscal General puede autorizar el pago de los gastos de salida si existen motivos de interés público que lo justifiquen. En la causa *Brea-García v. INS* 531 F.2d 693 (1976) se denegó la salida voluntaria porque el solicitante había cometido adulterio, lo que ponía de relieve su ‘dudosa moralidad’.” Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, págs. 242 y 267 y nota 4 (en la que describe la práctica en los Estados Unidos). “El presente estudio comprende también los casos en que, conforme a las leyes y reglamentos vigentes, la salida de los inmigrantes indeseables se efectúa sin aplicar el procedimiento normal de expulsión, por ejemplo, cuando se permite la partida voluntaria de un extranjero contra el que se ha dictado o se proyecta dictar una orden de expulsión, o cuando se impide la entrada al país de un extranjero, pero sin expulsarlo oficialmente ...”. Naciones Unidas, “Estudio sobre la expulsión de inmigrantes”, Secretaría, 10 de agosto de 1955, págs. 1 a 77 (ST/SOA.22 y Corr.2 (sustituye a la Corr.1)), párr. 5.

abandona su territorio; el destino último del deportado es irrelevante a este respecto. Por consiguiente, de lo anterior se desprende que los intereses del Estado que deporta no se verían afectados si se permitiera que el deportado saliera voluntariamente del país hacia un destino elegido por él mismo. Las leyes y la jurisprudencia de muchos países avalan este punto de vista. Como declaró en una ocasión la Suprema Corte Federal del Brasil, ‘el interés del Estado es *deshacerse* del extranjero y no restringir su libertad de acción y circulación tras su partida’.”<sup>1613</sup>

698. Algunas legislaciones nacionales permiten que los extranjeros expulsados abandonen voluntariamente el territorio del Estado. Los Estados pueden reconocer la salida voluntaria como procedimiento válido de deportación<sup>1614</sup>, incluso después de haberse iniciado los trámites de expulsión<sup>1615</sup>. Hay Estados que permiten al extranjero que parte voluntariamente elegir el Estado de destino<sup>1616</sup>. Los Estados pueden ordenar la salida o disponer que se acompañe hasta la frontera a 1) los extranjeros que soliciten o acepten salir voluntariamente del país<sup>1617</sup>; y 2) los familiares que deseen abandonar el país con el extranjero expulsado<sup>1618</sup>. Los Estados también pueden prohibir que el extranjero que sale voluntariamente de su territorio vuelva a entrar durante cierto tiempo<sup>1619</sup> o de forma permanente<sup>1620</sup> en el país.

699. Los Estados pueden fijar un plazo para que se efectúe la salida voluntaria<sup>1621</sup> o reconocer la posibilidad de establecer dicho plazo<sup>1622</sup>. También pueden imponer

<sup>1613</sup> Ivan Anthony Shearer, *Extradition in International Law*, Manchester, University Press, 1971, pág. 76 (citando *In re Exposito* [1933-4] *Ann. Dig.* 332) (se omite la sangría del párrafo).

<sup>1614</sup> Austria, Ley de 2005, artículo 2.10 4); Belarús, Decisión del Consejo de 1999, artículo 4, Ley de 1993, artículo 26; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 56 4) y 63 4); Brasil, Decreto de 1981, artículo 98, Ley de 1980, artículo 56; Canadá, Ley de 2001, artículo 48 2); Chile, Decreto de 1975, artículo 67; China, Ley de 1986, artículo 30, Reglas de 1986, artículo 15, Disposiciones de 2003, artículo 189, Disposiciones de 1992, artículo I iii) y Nota de 1987, artículo 5; Croacia, Ley de 2003, artículo 56; Guatemala, Reglamento de 1999, artículo 98; Hungría, Ley de 2001, artículo 46 1) b); Irán, Ley de 1931, artículo 11; Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículos 13 5) y 14 5 bis), Ley No. 40 de 1998, artículo 11 6) y Decreto Ley de 1996, artículo 7 3); Japón, Orden de 1951, artículos 10 9), 11 6) y 8), 24-2, 52 4), 55-3 1) y 55-5; Kenia, Ley de 1967, artículo 8 4); Lituania, Ley de 2004, artículo 129 1); Nigeria, Ley de 1963, artículo 27 2); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 58; Paraguay, Ley de 1996, artículo 39; Polonia, Ley No. 1775 de 2003, artículo 95 1); Portugal, Decreto Ley de 1998, artículos 100 1) y 2), 123 1), 126 y 126A; República de Corea, Ley de 1992, artículos 67 y 68, Decreto de 1993, artículo 81; Federación de Rusia, Ley No. 115-FZ de 2002, artículo 31 1) y 2); Suecia, Ley de 1989, capítulo 8, artículo 12; y Suiza, Reglamento de 1949, artículos 3 3), 16 8) y 17 1); Reino Unido, Ley de 1971, artículo 5 1); y Estados Unidos, INA, artículos 240B y 241 a) 1) C) y 3).

<sup>1615</sup> Belarús, Ley de 1998, artículo 32; y Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 126 1).

<sup>1616</sup> Belarús, Ley de 1998, artículo 32; y Estados Unidos, INA, artículo 250.

<sup>1617</sup> Australia, Ley de 1958, artículos 181 1), 198 1), 199 y 205; Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 126 1); y Estados Unidos, INA, artículo 250.

<sup>1618</sup> Australia, Ley de 1958, artículos 199 y 205.

<sup>1619</sup> Belarús, Ley de 1998, artículo 32; y Portugal, Decreto Ley de 1998, artículos 25 1) f) y g), 126 2) y 3) y 126A 2) a 4).

<sup>1620</sup> Malasia, Ley de 1959-1963, artículo 46 3) y 4); y Estados Unidos, INA, artículo 250.

<sup>1621</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 56 4); Brasil, Decreto de 1981, artículo 98, Ley de 1980, artículos 56 y 64 b); Chile, Decreto de 1975, artículo 67; Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículos 13 5) y 14 5 bis), Ley No. 40 de 1998, artículo 11 6) y Decreto Ley de 1996, artículo 7 3); Japón, Orden de 1951, artículo 55-3 1); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 58; Portugal, Decreto Ley de 1998, artículos 100 1) y 2) y 123 1); República de Corea, Ley de 1992, artículo 67 3); Federación de Rusia, Ley No. 115-FZ de 2002, artículo 31 1) y 2); Suecia, Ley de 1989, capítulo 8, artículo 12; y Estados Unidos, INA, artículo 240 B a) 2) y b) 2).

<sup>1622</sup> Belarús, Decisión del Consejo de 1999, artículo 15, Ley de 1993, artículo 26; China, Ley de 1986, artículo 30, Nota de 1987, artículo 5; Croacia, Ley de 2003, artículo 52; Guatemala, Reglamento



penas de multa o prisión a los extranjeros que no abandonen voluntariamente el país en las condiciones que establezca el Estado o prohibirles volver a entrar en su territorio<sup>1623</sup>.

700. Los Estados pueden restringir o prohibir la salida voluntaria de un extranjero cuando éste 1) eluda o trate de eludir su salida del Estado<sup>1624</sup>; o 2) haya cometido ciertas infracciones, actúe o trate de actuar contra el orden público o la seguridad nacional del Estado, o haya sido expulsado previamente por el Estado<sup>1625</sup>.

701. En cuanto a los gastos de la salida voluntaria, los Estados pueden exigir al extranjero que los abone<sup>1626</sup> o bien sufragarlos por sí mismos<sup>1627</sup>.

## B. Deportación

### 1. Derechos del extranjero

#### a) Trato humano

702. La deportación puede ser ilegal dependiendo del modo en que se realice<sup>1628</sup>. En particular, la expulsión de extranjeros debe llevarse a cabo de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos relativas a la prohibición de la tortura

---

de 1999, artículo 98; Irán, Ley de 1931, artículo 11; Japón, Orden de 1951, artículo 24 5)-2 y 8); Kenya, Ley de 1967, artículo 8 4); Paraguay, Ley de 1996, artículo 39; Polonia, Ley No. 1775 de 2003, artículo 95 1); y Suiza, Reglamento de 1949, artículo 16 8).

<sup>1623</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 96 1) c) y 2); China, Circular de 2002, artículo iii, y Nota de 1987, artículo 5; Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículo 14 5 ter) a 5 quinqués); y Estados Unidos, INA, artículos 240B d) y 243 a) y b).

<sup>1624</sup> Austria, Ley de 2005, artículo 3.46 1) y 3); y Belarús, Decisión del Consejo de 1999, artículo 15, Ley de 1993, artículo 26.

<sup>1625</sup> Belarús, Decisión del Consejo de 1999, artículo 15, Ley de 1998, artículo 32; Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículo 13 5), Ley No. 40 de 1998, artículo 11 6) y Decreto Ley de 1996, artículo 7 3); Japón, Orden de 1951, artículo 24-2 2) a 4); y Estados Unidos, INA, artículos 240B b) 1) C) y c), 241 a) 5) y 504 k) 4);. Tal prohibición puede imponerse específicamente a un extranjero que presuntamente haya participado en actos de terrorismo (Estados Unidos, INA, artículo 504 k) 4)).

<sup>1626</sup> Belarús, Ley de 1998, artículo 32; Japón, Orden de 1951, artículo 52 4); República de Corea, Ley de 1992, artículo 68 1) 1), Decreto de 1993, artículo 81; y Estados Unidos, INA, artículos 240B y 241 e) 3) C).

<sup>1627</sup> Malasia, Ley de 1959-1963, artículo 46; Polonia, Ley No. 1776 de 2003, artículo 68 3); Reino Unido, Ley de 1971, artículo 5 6); y Estados Unidos, INA, artículo 250. El Estado puede pagar los gastos de viaje de los familiares del extranjero y las personas que tenga a su cargo que salgan voluntariamente de su territorio (Malasia, Ley de 1959-1963, artículo 46; Polonia, Ley No. 1776 de 2003, artículo 68 1) a 3); y Reino Unido, Ley de 1971, artículo 5 6)).

<sup>1628</sup> “Una orden de deportación que en principio reúna los requisitos para ser lícita puede convertirse en ilegal si se ejecuta de manera injusta o excesivamente onerosa. Al ejecutar la orden no deben utilizarse medidas de compulsión física que causen o puedan causar lesiones o daños a la integridad física”. Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, pág. 96. “Todos los Estados están facultados para expulsar por razones de orden público a extranjeros que residan temporalmente en su territorio. Pero cuando un Estado expulsa a un extranjero sin motivo y de forma injuriosa, el Estado cuya nacionalidad posee el ciudadano está facultado para interponer una denuncia por tal violación del derecho internacional”. Richard Plender, “The Ugandan Crisis and the Right of Expulsion under International Law”, *The Review: International Commission of Jurists*, No. 9, 1972, págs. 19 a 32, en especial pág. 25 (citando el *Dictionary of International Law* de Calvo).

y los tratos inhumanos o degradantes<sup>1629</sup>. El requisito de que los extranjeros no sean sometidos a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes se establece en la resolución 40/144 de la Asamblea General<sup>1630</sup>. Este tipo de comportamientos suele ser el fundamento de numerosas reclamaciones en materia de expulsión de extranjeros<sup>1631</sup>.

<sup>1629</sup> “La expulsión no debe ejecutarse con excesivo rigor, violencia o daño innecesario para el extranjero expulsado”. Shigeru Oda, “Legal Status of Aliens”, en Max Sørensen (dir.) *Manual of Public International Law*, Nueva York, St. Martin’s Press, 1968, págs. 481 a 495, en especial pág. 483. “Con independencia de la existencia o no de un derecho ilimitado a expulsar extranjeros, su maltrato, expulsión abrupta o expulsión de modo ofensivo supone una vulneración de las normas mínimas del derecho internacional sobre cuyo cumplimiento alberga expectativas el Estado del que es nacional el extranjero. Si un Estado decide ejercer su discrecionalidad soberana en infracción de esta norma, no está utilizando ilícitamente sus derechos soberanos. Simplemente, vulnera una norma prohibitiva que limita sus derechos de jurisdicción exclusiva”. Georg Schwarzenberger, “The Fundamental Principles of International Law”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, vol. 87, 1955-I, págs. 290 a 383, en las páginas 309 y 310 (véase también Georg Schwarzenberger, *International Law and Order*, Stevens & Sons, 1971, págs. 89 y 90). “Una expulsión en principio bien fundada puede, no obstante, ser constitutiva de infracción conforme al derecho internacional si se lleva a cabo sin tener debidamente en cuenta la seguridad y el bienestar del extranjero. Una vez más, eso sucede cuando la expulsión equivale a un abuso de derecho o cuando supone una violación de las ‘normas mínimas’. La formulación es tan clara que apenas necesita justificación ...” Richard Plender, “The Ugandan Crisis and the Right of Expulsion under International Law”, *The Review: International Commission of Jurists*, No. 9, 1972, págs. 19 a 32, en especial págs. 24 a 26. “Al ejecutar una orden de expulsión o deportación, el Estado debe actuar conforme a normas que respeten los derechos humanos y la dignidad humana. Esas normas tienen una influencia directa en las facultades de un Estado para deportar o expulsar a un extranjero. ... Hay otras normas y principios relacionados con los derechos humanos y la dignidad humana que se contemplan en instrumentos internacionales multilaterales y son aceptados por la inmensa mayoría de las naciones. Entre esos principios pueden citarse ... el derecho a no ser objeto de tratos inhumanos o degradantes”. Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, pág. 95. Véase también Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1987, pág. 36.

<sup>1630</sup> Resolución 40/144, Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, 13 de diciembre de 1985, artículo 6.

<sup>1631</sup> “La mayoría de los casos se deben al ejercicio indebidamente opresivo de la facultad de expulsión. Es fundamental que la medida se limite a su objetivo directo, deshacerse del extranjero indeseable. Por consiguiente, todo rigor innecesario puede considerarse motivo de reclamación. Incluso cuando se admite que una expulsión está justificada, debe ejecutarse causando el mínimo daño posible a la persona y sus bienes, dentro del respeto a la seguridad y los intereses del país que lleva a cabo la expulsión”. Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, Nueva York, The Banks Law Publishing Co., 1915, págs. 59 y 60. “Aunque el derecho de exclusión o expulsión es discrecional, el ejercicio de esa facultad discrecional de forma onerosa, arbitraria o innecesariamente injuriosa suele dar lugar a controversias”. B. O. Iluyomade, “The Scope and Content of a Complaint of Abuse of Right in International Law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 16, No. 1, 1975, págs. 47 a 92, en especial pág. 85. “Según Calvo, cuando un gobierno expulsa a un extranjero de forma rigurosa o desconsiderada (*avec des formes blessantes*) el Estado de nacionalidad del extranjero está facultado para formular una reclamación basándose en que la expulsión conculca el derecho internacional”. Richard Plender, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, págs. 469 a 471 (citando el *Dictionnaire de droit international*). “Un Estado incurre en responsabilidad internacional si expulsa a un extranjero ... de forma innecesariamente injuriosa”. Richard Plender, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pág. 459.

Esa limitación del derecho de expulsión tiene su reflejo en la práctica diplomática<sup>1632</sup> y ha sido reconocida por los tribunales internacionales<sup>1633</sup>.

703. El anexo 9 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional dispone:

“5.2.1 Durante el período en que un pasajero no admisible, o una persona que va a ser deportada, estén bajo la custodia de funcionarios del Estado, éstos deberán preservar la dignidad de dichas personas y no adoptar medidas que puedan violar dicha dignidad.”<sup>1634</sup>

704. Hay otros ejemplos de prácticas que respaldan el requisito de que las deportaciones deben llevarse a cabo de forma humana y con el debido respeto a la dignidad de las personas de que se trate.

705. La existencia de ese requisito se reafirmó expresamente en el caso *Lacoste*, aunque se declaró que el denunciante no había sido objeto de malos tratos:

“Asimismo, Lacoste reclama una indemnización por su detención, su ingreso en prisión, el trato severo y cruel de que fue objeto y su expulsión del país. [...] Sin embargo, no parece que la expulsión haya ido acompañada de

<sup>1632</sup> “Asimismo, la práctica diplomática demuestra ampliamente el principio de que una expulsión infringe el derecho internacional si se lleva a cabo sin tener debidamente en cuenta el bienestar del extranjero”. Richard Plender, “The Ugandan Crisis and the Right of Expulsion under International Law”, *The Review: International Commission of Jurists*, No. 9, 1972, págs. 19 a 32, en especial págs. 24 a 26. “Las expulsiones arbitrarias ... en circunstancias rigurosas o violentas que sean innecesariamente injuriosas para la persona afectada han dado lugar a reclamaciones diplomáticas ...”. Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, Nueva York, The Banks Law Publishing Co., 1915, pág. 57. “Más recientemente se han dado otros casos en los que el procedimiento seguido para la expulsión ha supuesto un trato oneroso frente al cual los Estados Unidos se han visto obligados a protestar enérgicamente”. Charles Cheney Hyde, *International Law, Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, vol. I, 2ª ed. rev., Boston, Little Brown and Company, 1947, pág. 233 (se omiten las citas).

<sup>1633</sup> “El principio de que la expulsión debe ejecutarse de la forma menos injuriosa posible para la persona afectada ha sido enunciado varias veces por los tribunales internacionales. Por lo tanto, las comisiones internacionales siempre han considerado las expulsiones sumarias ... en virtud de las cuales los afectados son sometidos a tratos indebidamente indignos, rigurosos u opresivos como motivos que justifican la concesión de indemnizaciones”. Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, Nueva York, The Banks Law Publishing Co., 1915, pág. 60 (en referencia a *Maal (Netherlands) v. Venezuela*, 28 de febrero de 1903, Ralston, 915; y *Boffolo (Italy) v. Venezuela*, 13 de febrero de 1903, Ralston, 702; también en relación con *Jaurett (U. S.) v. Venezuela*, Sen. Doc. 413, 60th Cong. 1st Bess., 20 et seq., 559 et seq. (resuelto mediante acuerdo de 13 de febrero de 1909, For. Rel., 1909, 629)). “Las expulsiones arbitrarias ... en condiciones onerosas o violentas que sean innecesariamente injuriosas para la persona afectada han dado lugar a ... la concesión de indemnizaciones por comisiones de arbitraje”. Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, Nueva York, The Banks Law Publishing Co., 1915, pág. 57. “Por consiguiente, en casos relativos a la expulsión de extranjeros, un tribunal internacional normalmente aceptará como concluyentes los motivos de gravedad que el Estado alegue para justificar tal acción. Sin embargo, consideraría como medidas de expulsión ilícitas las que ... fueran acompañadas de rigores innecesarios”. Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1987, pág. 133 (se omiten las citas).

<sup>1634</sup> Convenio sobre Aviación Civil Internacional, Chicago, 7 de diciembre de 1944, anexo 9 (12ª ed.), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 15, No. 102, pág. 295.

malos tratos y, a instancia del propio denunciante, se amplió el plazo fijado para su salida del país.”<sup>1635</sup>

Del mismo modo, en el caso *Boffolo*, el árbitro indicó con carácter general que

“La expulsión [...] debe llevarse a cabo de modo que cause el menor perjuicio a la persona afectada.”<sup>1636</sup>

706. En el caso *Maal*, el árbitro subrayó el carácter sagrado del ser humano y el requisito de que en las expulsiones no se prive al extranjero de su dignidad ni se le impongan rigores innecesarios:

“Si la exclusión del denunciante se hubiera llevado a cabo sin humillaciones o rigores innecesarios, el árbitro se vería obligado a desestimar la reclamación ... Según queda acreditado, el denunciante llegó aquí como un caballero y tenía derecho a ser tratado como tal durante el examen de su caso y su deportación, y, aun con independencia de que fuera un caballero o un mero ciudadano de a pie, el derecho a su integridad personal y al libre disfrute de su sensibilidad es uno de los principales atributos de la libertad y uno de los privilegios impagables que ésta lleva aparejada. 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.”<sup>1637</sup>

707. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa expresó su profunda preocupación por los incidentes y malos tratos que tienen lugar durante las deportaciones<sup>1638</sup>. Asimismo, subrayó el carácter subsidiario de la expulsión forzosa y la necesidad de respetar la seguridad y la dignidad en todas las circunstancias.

“7. La Asamblea estima que la expulsión forzosa sólo debe utilizarse como último recurso, que debe reservarse para personas que opongan una resistencia clara y continuada y que puede evitarse si se toman medidas efectivas para ofrecer a los deportados asistencia personal supervisada para preparar su partida.

8. La Asamblea reafirma que los valores fundamentales del Consejo de Europa se verán amenazados si no se toman medidas para combatir el actual clima de hostilidad hacia los refugiados, solicitantes de asilo e inmigrantes y para alentar a que se respete su seguridad y dignidad en toda circunstancia.”<sup>1639</sup>

<sup>1635</sup> *Lacoste v. Mexico Case* (Comisión Mexicana), laudo de 4 de septiembre de 1875, 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.

<sup>1636</sup> *Boffolo Case*, Comisión Mixta de Reclamaciones Italia-Venezuela, 1903, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, págs. 528 a 538, en especial pág. 534 (Ralston, Árbitro).

<sup>1637</sup> *Maal Case*, Comisión Mixta de Reclamaciones Países Bajos-Venezuela, 1º de junio de 1903, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, págs. 730 a 733, en especial pág. 732.

<sup>1638</sup> Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, Recomendación 1547 (2002): Expulsion procedures in conformity with human rights and enforced with respect for safety and dignity, 22 de enero de 2002, párr. 6.

<sup>1639</sup> *Ibid.*, párrs. 7 y 8.

708. El Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT) también ha recalcado que el uso de la fuerza al ejecutar una orden de expulsión debe limitarse a lo razonablemente necesario, y ha ofrecido datos sobre los medios y métodos de deportación que no deben utilizarse. Asimismo, ha insistido en la necesidad de establecer sistemas de supervisión interna y externa y de documentar adecuadamente el proceso de deportación.

“El CPT reconoce que a menudo será difícil ejecutar la orden de expulsión de un extranjero que está empeñado en permanecer en el territorio de un Estado. Puede que, en ocasiones, los agentes de las fuerzas de seguridad tengan que utilizar la fuerza para llevar a cabo esa expulsión. Sin embargo, el empleo de la fuerza debería limitarse a lo estrictamente necesario. En particular, sería totalmente inaceptable que los destinatarios de una orden de expulsión fueran agredidos físicamente para obligarlos a utilizar un medio de transporte o como castigo por no haberlo hecho. Además, el Comité debe subrayar que amordazar a una persona es una medida eminentemente peligrosa.”<sup>1640</sup>

El mismo Comité ha declarado que:

“Es totalmente inaceptable que los destinatarios de una orden de deportación sean agredidos físicamente para obligarlos a utilizar un medio de transporte o como castigo por no haberlo hecho. El CPT se congratula de que existan disposiciones de este tipo en muchas de las instrucciones pertinentes de los países visitados. Por ejemplo, algunas de las instrucciones examinadas por el CPT prohíben la utilización de medios de coacción que tengan por objeto castigar al extranjero que ofrezca resistencia o que causen dolor innecesario.

El uso de la fuerza y los medios de coacción deben limitarse a lo estrictamente necesario. El CPT valora positivamente que, en ciertos países, el uso de la fuerza y los medios de coacción en los procesos de deportación sea objeto de un examen detallado, a la luz de los principios de legalidad, proporcionalidad y oportunidad.

[...] El CPT ha indicado claramente que el uso de la fuerza y/o medios de coacción que puedan provocar asfixia posicional debe evitarse siempre que sea posible y que tal uso, en circunstancias excepcionales, debe estar regulado por directrices encaminadas a reducir al mínimo los riesgos para la salud de la persona de que se trate.

Además de evitar los riesgos de asfixia posicional a los que se ha hecho alusión, el CPT ha recomendado sistemáticamente que se prohíba con carácter absoluto la utilización de medios que puedan obstruir parcial o totalmente las vías respiratorias (nariz y/o boca). [...] El Comité observa que actualmente esta práctica está prohibida de forma expresa en muchos Estados Parte e invita a los Estados que aún no lo hayan hecho a que adopten sin demora disposiciones vinculantes en la materia.

Es imprescindible que si se produce una situación de emergencia a bordo de una aeronave en vuelo no se impida el salvamento de la persona que es objeto de deportación. Por consiguiente, es necesario que cualquier medio que limite la libertad de movimiento de la persona deportada pueda ser retirado inmediatamente por orden de la tripulación.

<sup>1640</sup> Consejo de Europa, nota 1542 *supra*, párr. 36.

[...] En opinión del CPT, ninguna consideración de seguridad puede servir para justificar que el personal de escolta lleve máscaras durante las operaciones de deportación. Tal práctica es altamente indeseable, ya que puede dificultar la depuración de responsabilidades en caso de que se aleguen maltratos.

Asimismo, el CPT tiene grandes reservas en lo que respecta al uso de gases incapacitadores o irritantes para reducir a detenidos recalcitrantes a fin de desalojarlos de sus celdas y trasladarlos a aeronaves.

Es importante que se permita que los inmigrantes detenidos se sometan a un examen médico previo antes de ejecutar la decisión de deportarlos. Esta precaución es especialmente necesaria cuando se contempla la posibilidad de utilizar la fuerza y/o medios especiales.

La ejecución de las operaciones de deportación de los inmigrantes detenidos debe ir precedida de medidas que permitan a las personas de que se trate organizar su retorno, especialmente en los planos familiar, profesional y psicológico.

Asimismo, todos aquellos que hayan sido objeto de una operación de deportación frustrada deben someterse a un examen médico en cuanto regresen al lugar de detención.

No puede insistirse lo suficiente en la importancia de establecer mecanismos de control interno y externo en un ámbito tan sensible como las operaciones de deportación por vía aérea.

Las operaciones de deportación deben documentarse exhaustivamente.

[...] Asimismo, el CPT desea subrayar la función que deben desempeñar las autoridades de control externo (incluidas las judiciales), tanto nacionales como internacionales, en la prevención de los malos tratos durante las operaciones de deportación. Tales autoridades deben permanecer atentas a todos los acontecimientos que ocurran en este ámbito, sobre todo en lo que respecta al uso de la fuerza y de medios de coacción y la protección de los derechos fundamentales de los deportados por vía aérea.”<sup>1641</sup>

709. La normativa de la Unión Europea sobre la expulsión o devolución de los nacionales de terceros países también exige el respeto de la dignidad humana. La Decisión del Consejo de 23 de febrero de 2004 indica en su preámbulo que:

“La presente Decisión respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos concretamente por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La presente Decisión se propone, en particular, garantizar el pleno respeto de la dignidad humana en caso de expulsión y traslado, tal como se refleja en los artículos 1, 18 y 19 de la citada Carta.”<sup>1642</sup>

<sup>1641</sup> Consejo de Europa, nota 1343 *supra*.

<sup>1642</sup> Decisión 2004/191/CE del Consejo, de 23 de febrero de 2004, por la que se establecen los criterios y modalidades prácticas para la compensación de los desequilibrios financieros resultantes de la aplicación de la Directiva 2001/40/CE relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de los nacionales de terceros países, *Diario Oficial L 60*, 27 de febrero de 2004, págs. 55 a 57. Véase la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Diario Oficial C 364*, 18 de diciembre de 2000, págs. 1 a 22, artículo 1 (“Dignidad humana – La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”), artículo 18

710. En sus *Règles sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, el Instituto de Derecho Internacional enuncia el principio según el cual

“La deportación no es una pena, por lo que debe ejecutarse con la máxima consideración y teniendo en cuenta la situación particular del afectado.”<sup>1643</sup>

#### b) Derechos de propiedad e intereses similares

711. Hay varios argumentos que justifican la opinión de que el extranjero expulsado debe disponer de una oportunidad razonable de proteger los derechos de propiedad y otros intereses que pueda tener en el Estado que expulsa.<sup>1644</sup>

---

(“Derecho de asilo – Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”) y artículo 19 (“Protección en caso de devolución, expulsión y extradición – 1. Se prohíben las expulsiones colectivas. 2. Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”).

<sup>1643</sup> *Règles internationales*, nota 56 *supra*, artículo 17.

<sup>1644</sup> “Salvo en tiempo de guerra o en caso de peligro inminente para la seguridad del Estado, debe darse tiempo suficiente al extranjero contra el que se haya dictado una orden de expulsión o deportación para que resuelva sus asuntos personales. Debe darse al extranjero una oportunidad razonable de disponer de sus bienes y activos, así como permiso para llevar consigo o transferir dinero y otros activos al país de destino; en ningún caso debe el extranjero ser objeto de medidas de expropiación ni ser obligado a desprenderse de sus bienes y activos”. Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, pág. 96. “Asimismo, la persona en cuestión debe disponer de un tiempo razonable para resolver sus asuntos personales antes de salir del país”. Shigeru Oda, “Legal Status of Aliens”, en Max Sørensen (dir.) *Manual of Public International Law*, Nueva York, St. Martin’s Press, 1968, págs. 481 a 495, en especial pág. 483. “Con independencia de la existencia o no de un derecho ilimitado a expulsar extranjeros, su maltrato, expulsión abrupta o expulsión de modo ofensivo supone una vulneración de las normas mínimas del derecho internacional sobre cuyo cumplimiento alberga expectativas el Estado del que es nacional el extranjero. Si un Estado decide ejercer su discrecionalidad soberana en infracción de esta norma, no está utilizando ilícitamente sus derechos soberanos. Simplemente, vulnera una norma prohibitiva que limita sus derechos de jurisdicción exclusiva”. Georg Schwarzenberger, “The Fundamental Principles of International Law”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, vol. 87, 1955-I, págs. 290 a 383, en especial págs. 309 y 310. “Como se ha observado, es frecuente que al llevar a cabo la expulsión se adopten medidas que impliquen un cierto grado de arbitrariedad. Un ejemplo de ese tipo de medidas son las que adoptó cierto Estado en relación con Hollander, un ciudadano de los Estados Unidos. Tras ser arrestado el 8 de febrero de 1889, acusado de calumnias y falsificación, Hollander permaneció detenido hasta el 14 de mayo, para ser posteriormente expulsado del país mediante decreto ejecutivo, antes de que comenzara su juicio y sin darle la oportunidad de ver a su familia ni tomar ninguna medida en relación con sus negocios ... Aunque no se discute la procedencia de la expulsión, como sucede en el caso de quienes, después de haber adquirido la nacionalidad de los Estados Unidos, vuelven a sus países de origen, donde se jactan, no sin granjearse el desprecio ajeno, de haber eludido las leyes locales sobre la obligatoriedad del servicio militar, los Estados Unidos han tratado, a menudo con éxito, de mejorar la difícil situación de las personas objeto de expulsión aplazando la ejecución de la orden hasta que resuelven las cuestiones relacionadas con sus negocios, de modo que los perjuicios se reduzcan al mínimo posible”. Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, New York, The Banks Law Publishing Co., 1915, pág. 56 (se omiten las citas). “La mayoría de los casos se deben al ejercicio indebidamente opresivo de la facultad de expulsión. Es fundamental que la medida se limite a su objetivo directo, deshacerse del extranjero indeseable. Por consiguiente, todo rigor innecesario puede considerarse motivo de reclamación. Incluso cuando se admite que una

La negativa a conceder al extranjero esa oportunidad ha dado lugar a reclamaciones internacionales<sup>1645</sup>.

expulsión está justificada, debe ejecutarse causando el mínimo daño posible a la persona y sus bienes, dentro del respeto a la seguridad y los intereses del país que lleva a cabo la expulsión. El Secretario de Estado Olney formuló este principio del siguiente modo: ‘La expulsión de un extranjero sólo es justificable cuando su presencia es perjudicial para el bienestar del Estado, y ... cuando se recurre a la expulsión como medida extrema de policía debe ejecutarse teniendo debidamente en cuenta las necesidades y los intereses patrimoniales de la persona expulsada’.

[1] Por tanto, la expulsión por Turquía de armenios que habían adquirido la nacionalidad de los Estados Unidos se limitó, gracias a la intervención diplomática de los Estados Unidos, a una mera salida del territorio turco, y se dejaron de lado medidas como la excesiva prolongación del período de prisión provisional y otras conductas opresivas que habían sido practicadas por Turquía. [2] El principio de que la expulsión debe llevarse a cabo de la forma menos injuriosa posible para la persona afectada ha sido enunciado en varias ocasiones por los tribunales internacionales. Así pues, las comisiones internacionales han considerado como motivos justificados para conceder indemnizaciones las expulsiones sumarias, por las que los extranjeros fueron obligados a abandonar sus bienes, que quedaron expuestos al pillaje y la destrucción, [3] o a venderlos a costa de un considerable sacrificio, [4] o fueron objeto de indignidades, humillaciones o rigores innecesarios [5]”. Ibid., págs. 59 a 61 y notas 1 [“caso *Hollander v. Guatemala*, For. Rel., 1895, II, 776. Esa instrucción del Sr. Olney al Sr. Young, de 30 de enero de 1896, contiene citas de Rolin-Jacquemyns, von Bar, Bluntschli y Calvo en el sentido de que el rigor o la arbitrariedad de la expulsión sirve de fundamento suficiente para una reclamación diplomática. *Hollander* fue objeto de una expulsión sumaria, no se le permitió ver a la familia. Ma ni tomar ninguna medida en relación con sus negocios. Más tarde se le permitió regresar. En el caso *Scandella v. Venezuela*, de 1898, *Scandella* fue objeto de una detención sumaria, se decretó su ingreso en prisión, se le negó la posibilidad de comunicarse con su familia y amigos y se le condujo a un barco de vapor, dejando a su familia sin recursos y sus bienes expuestos a la destrucción y el robo (For. Rel. 1898, págs. 1137 a 1148). Véanse expulsiones de Cuba, Sr. Olney a Sr. de Lôme, 27 de septiembre de 1895, II, págs. 1229 a 1231; expulsión de Loewi de Haití, 1896, For. Rel., 1896, págs. 382 a 386.”], 2 [“Véase For. Rel., 1893, págs. 683 y ss.”], 3 [“*Gardiner (United States) v. Mexico*, 3 de marzo de 1849, opinión 269 (no aparece en Moore)”], 4 [“*Jobson (United States) v. Mexico*, 3 de marzo de 1849, opinión 553 (no aparece en Moore); *Gowen and Copeland (United States) v. Venezuela*, 5 de diciembre de 1885, arbitraje de Moore, págs. 3354 a 3359.”] y 5 [“*Maal (Netherlands) v. Venezuela*, 28 de febrero de 1903, Ralston, 915; *Boffolo (Italy) v. Netherlands*, 13 de febrero de 1903, Ralston, 702. Véase también *Jaurett (United States) v. Venezuela*, Sen. Doc. 413, 60th Cong., 1st Sess., págs. 20 y ss. y 559 y ss. (zanjado por acuerdo de 13 de febrero de 1909, For. Rel., 1909, pág. 629)”]. Véase también Amos S. Hershey, *The Essentials of International Public Law and Organization*, ed. rev., Nueva York, The Macmillan Company, 1927, pág. 375.

<sup>1645</sup> En el caso *Hollander*, los Estados Unidos solicitaron a Guatemala una indemnización por la expulsión sumaria de uno de sus nacionales y señalaron que el Sr. Hollander “... fue literalmente arrojado fuera del país, donde dejó a su mujer e hijos, su negocio, sus bienes, todo lo que más apreciaba y lo que dependía de él. [Los Estados Unidos alegaron que,] con independencia de las facultades que le atribuyan sus leyes, el Gobierno de Guatemala, en tiempo de paz y de tranquilidad interior, no tenía derecho a expulsar a Hollander sin previo aviso y sin darle la oportunidad de tomar medidas en relación con su familia y su negocio por un presunto delito que había cometido más de tres años antes ...”. John Bassett Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party*, vol. IV, Washington, Government Printing Office, 1898, pág. 102, en especial pág. 107. Véase también David John Harris, *Cases and Materials on International Law*, 4ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1991, pág. 503: “... conforme a los principios del derecho internacional generalmente aceptados, un Estado puede expulsar a un extranjero en cualquier momento siempre que la expulsión no se lleve a cabo de manera arbitraria, como por ejemplo utilizando una fuerza innecesaria durante su ejecución, maltratando de cualquier otra forma al extranjero o denegándole una oportunidad razonable de proteger sus bienes.” [Caso del *Dr. Breger* (expulsado de Rodas en 1938, la notificación con seis meses de antelación fue probablemente suficiente), Carta del Departamento de Estado de los Estados Unidos a un Congresista, 1961, 8 Whiteman 861].



712. El Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos declaró, en el caso *Rankin c. República Islámica del Irán*, que una expulsión era ilícita si se denegaba al extranjero una oportunidad 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.”<sup>1646</sup>

713. Ya en 1892, el Instituto de Derecho Internacional aprobó una disposición según la cual los extranjeros domiciliados o residentes, o que tengan un establecimiento comercial, en el Estado que expulsa deberán tener la oportunidad de ocuparse de sus asuntos e 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 sólo 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.”<sup>1647</sup>

714. Tales consideraciones se tienen en cuenta en las leyes nacionales. La legislación pertinente puede, con carácter expreso, 1) conceder al extranjero una oportunidad razonable de resolver cualquier reclamación de sueldos u otros derechos incluso después de abandonar el territorio del Estado<sup>1648</sup>; o 2) contemplar medidas para la liquidación de los negocios del extranjero expulsado<sup>1649</sup>. La legislación pertinente también puede permitir que se tomen las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los bienes del extranjero mientras éste se encuentre detenido en espera de su deportación<sup>1650</sup>.

## 2. Detención

715. Varios ejemplos de la práctica abundan en la opinión de que la detención de quien está a la espera de ser deportado no es ilícita si se ajusta a determinados requisitos<sup>1651</sup>.

716. En el caso *Ben Tillett*, el árbitro reconoció el derecho del Estado que expulsa a detener a un extranjero a fin de garantizar su deportación. Asimismo, el árbitro sostuvo que, dependiendo de las circunstancias del caso y, en particular, del peligro que la persona en cuestión pudiera representar para el orden público, un Estado está facultado para detener a un extranjero incluso antes de que exista una orden de deportación. El árbitro también declaró que el Estado no estaba obligado a disponer de instalaciones especiales de detención para los deportados:

<sup>1646</sup> *Rankin v. The Islamic Republic of Iran*, nota 136 *supra*, pág. 147, nota 20.

<sup>1647</sup> *Règles internationales*, nota 56 *supra*, artículo 41 [original en francés].

<sup>1648</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 68.

<sup>1649</sup> Nigeria, Ley de 1963, artículo 47.

<sup>1650</sup> Belarús, Decisión del Consejo de 1999, artículo 17.

<sup>1651</sup> Véase, sin embargo, Shigeru Oda, “Legal Status of Aliens”, en Max Sørensen (dir.) *Manual of Public International Law*, Nueva York, St. Martin’s Press, 1968, págs. 481 a 495, en especial pág. 483 (“Debe evitarse la detención forzosa de los extranjeros sobre los que pese una orden de expulsión, salvo cuando se nieguen a abandonar el territorio o traten de escapar del control de las autoridades del Estado”).

“Considerando que, aun reconociendo el derecho de un Estado a expulsar, éste no debería verse privado de los medios necesarios para garantizar la eficacia de sus órdenes; que dicho Estado debe estar en condiciones de mantener bajo control a los extranjeros cuya presencia considere peligrosa para el orden público, y que está facultado para ordenar su detención si teme que quienes han sido expulsados de su territorio podrían eludir su vigilancia;<sup>1652</sup>

Considerando ... que, dado que, por regla general, una orden de expulsión no es anterior a los hechos que la justifican, si un Estado no puede utilizar los medios de coacción necesarios para detener durante algunas horas a un extranjero cuya conducta sea problemática hasta que la medida de expulsión se apruebe oficialmente, éste podría huir de la policía y el Gobierno se encontraría indefenso.<sup>1653</sup>

Considerando, por otra parte, que es jurídicamente imposible obligar a un Estado a construir instalaciones especiales que se dediquen exclusivamente a la detención preventiva de extranjeros durante el tiempo que media entre su detención y la ejecución de la medida de expulsión, o a reservar a esos extranjeros un lugar especial en las instalaciones que ya existan; que, al mantener aislado a Ben Tillett y posteriormente evitar su contacto con otros acusados, el Gobierno de Bélgica cumplió con las exigencias de la cortesía internacional.”<sup>1654</sup>

717. Asimismo, el árbitro declaró que, dadas las circunstancias del caso, Bélgica no había actuado ilícitamente al detener al Sr. Ben Tillett durante 26 horas<sup>1655</sup>, y que las condiciones de detención fueron aceptables<sup>1656</sup>.

718. La Comisión que se pronunció en el caso *Daniel Dillon* se ocupó de la cuestión de las normas mínimas que prescribe el derecho internacional en relación con el trato que debe dispensarse a un extranjero detenido en espera de su deportación. La Comisión declaró que el prolongado período de detención y el hecho de que no se facilitara información al reclamante sobre la finalidad de su detención constituían un maltrato incompatible con el derecho internacional.

“En cuanto a la cuestión del maltrato, la Comisión considera que no hay pruebas suficientes que demuestren que las dependencias en las que el reclamante permaneció detenido estuvieran por debajo del nivel mínimo que exige el derecho internacional. Igualmente escasas son las pruebas sobre la comida que se le sirvió y sobre las alegaciones de que no dispuso de cama ni de ropa de cama. 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.”<sup>1657</sup>

<sup>1652</sup> *Affaire Ben Tillett*, nota 1262 *supra*, pág. 269 [original en francés].

<sup>1653</sup> *Ibid.*, pág. 270 [original en francés].

<sup>1654</sup> *Ibid.*, pág. 271 [original en francés].

<sup>1655</sup> *Ibid.*

<sup>1656</sup> *Ibid.*, págs. 271 y 272.

<sup>1657</sup> *Daniel Dillon (United States of America) v. United Mexican States*, Comisión General de Reclamaciones México-Estados Unidos, laudo de 3 de octubre de 1928, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, págs. 368 a 371, en especial pág. 369.

719. En su comentario del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que se examina en la parte VIII *supra*, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que si un procedimiento de deportación entraña detención, el Estado Parte deberá conceder a la persona de que se trate las garantías que se contemplan en los artículos 9<sup>1658</sup> y 10<sup>1659</sup> del Pacto para los casos de privación de libertad<sup>1660</sup>.

720. El Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce expresamente el derecho de un Estado a detener a un extranjero que esté pendiente de expulsión. El párrafo 1 del artículo 5 del Convenio dispone:

“ Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley:

[...]

f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona [...] contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión ...”

721. En la causa *Chahal c. Reino Unido*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos aclaró muchos aspectos del contenido del apartado f) del párrafo 1 del artículo 5. El Tribunal declaró que esta disposición no exigía que la detención de una persona mientras se producía su deportación tuviera que considerarse “razonablemente necesaria, por ejemplo para impedir que cometiera un delito o se diera a la fuga”<sup>1661</sup>. Sin embargo, el Tribunal indicó que la detención sólo era admisible mientras el procedimiento de deportación estuviera pendiente y siempre que la duración de tal procedimiento no fuera excesiva.

<sup>1658</sup> El artículo 9 del Pacto dispone: “1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”.

<sup>1659</sup> El artículo 10 del Pacto dispone: “1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas; b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento. 3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica”.

<sup>1660</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación general No. 15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 11 de abril de 1986, párr. 9.

<sup>1661</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case of Chahal v. United Kingdom*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 15 de noviembre de 1996, demanda 22414/93, párr. 112. El Tribunal reiteró su posición en *Case of Conka v. Belgium*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 5 de febrero de 2002, demanda 51564/99, párr. 38.

“No obstante, el Tribunal recuerda que cualquier privación de libertad conforme al apartado f) del párrafo 1 del artículo 5 sólo puede justificarse mientras esté pendiente el procedimiento de deportación. Si ese procedimiento no se tramita con la debida diligencia, la detención dejará de estar justificada conforme al apartado f) del párrafo 1 del artículo 5 ... Por consiguiente, es necesario determinar si la duración del procedimiento de deportación fue excesiva.”<sup>1662</sup>

722. Asimismo, según el Tribunal, la detención en espera de la deportación debe ajustarse a derecho y ser susceptible de control jurisdiccional. A este respecto, la “licitud” de la detención implica su conformidad con el derecho nacional, aunque también exige “que cualquier privación de la libertad se ajuste a la finalidad del artículo 5, es decir, proteger a la persona frente a la arbitrariedad”<sup>1663</sup>. Asimismo, el control jurisdiccional “debe ser lo suficientemente amplio como para extenderse a los requisitos indispensables para que la detención sea ‘lícita’ según lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 ...”<sup>1664</sup>.

723. También hay que mencionar el conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, que figura como anexo de la resolución 43/173 de la Asamblea General. Especialmente relevante para la detención en espera de la deportación es el artículo 8 de los referidos principios, según el cual:

“Las personas detenidas [es decir, ‘toda persona privada de la libertad personal, salvo cuando ello haya resultado de una condena por razón de un delito’; cf. Uso de los términos, b)] recibirán un trato apropiado a su condición de personas que no han sido condenadas. En consecuencia, siempre que sea posible se las mantendrá separadas de las personas presas.”<sup>1665</sup>

724. La cuestión de la detención en espera de la deportación fue planteada por la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Gabriela Rodríguez Pizarro. Entre los aspectos destacados por la Relatora Especial cabe mencionar la necesidad de que las decisiones de detención sean objeto de una revisión periódica; la existencia de un derecho de apelación; el carácter no punitivo de la detención administrativa; el requisito de que la detención no debe durar más de lo necesario para la deportación de la persona de que se trate; y el requisito de que debe ponerse fin a la detención cuando sea imposible efectuar la deportación por motivos que no puedan atribuirse al migrante.

“... En los casos de detención administrativa no siempre están garantizados el derecho a la revisión judicial o administrativa de la legalidad de la detención, ni el derecho de apelación contra la decisión u orden de detención o de deportación ni el derecho a solicitar la libertad bajo fianza u otras medidas no privativas de la libertad.”<sup>1666</sup>

<sup>1662</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case of Chahal v. United Kingdom*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 15 de noviembre de 1996, demanda 22414/93, párr. 113.

<sup>1663</sup> *Ibid.*, párr. 118. Véase también *Case of Conka v. Belgium*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 5 de febrero de 2002, demanda 51564/99, párr. 39.

<sup>1664</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case of Chahal v. United Kingdom*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 15 de noviembre de 1996, demanda 22414/93, párr. 127.

<sup>1665</sup> Véase la resolución 43/173 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1988, anexo, conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, principio 8.

<sup>1666</sup> Comisión de Derechos Humanos, Trabajadores migrantes, Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2003/85, 30 de diciembre de 2002, párr. 20.

La privación de la libertad como medida administrativa debe durar únicamente el tiempo necesario para que la deportación o expulsión se haga efectiva. La privación de libertad no debe ser nunca indefinida.<sup>1667</sup>

... La Relatora Especial expresa una preocupación particular porque la legislación contra el terrorismo promulgada recientemente, por la que se permite la detención de migrantes sobre la base de acusaciones imprecisas e indeterminadas de amenazas a la seguridad nacional, pueda dar lugar a una detención indefinida si los migrantes no pueden ser deportados de inmediato, ya que ello implicaría una amenaza a su seguridad y sus derechos humanos.<sup>1668</sup> [Se omite la cita.]

... La detención administrativa nunca debe ser de carácter punitivo ...<sup>1669</sup>

[A continuación, la Relatora Especial formula la siguiente recomendación]

Velar por que la ley fije un plazo máximo para la detención en espera de la deportación y por que en ningún caso la detención sea indefinida ... La decisión de detener a un migrante debería ser objeto de una revisión periódica sobre la base de criterios legislativos claros. Debería ponerse fin a la detención cuando sea imposible ejecutar la orden de deportación por motivos que no puedan imputarse al migrante.”<sup>1670</sup>

725. En 1982, el Instituto de Derecho Internacional declaró que una persona expulsada no debería ser privada de su libertad en espera de la deportación.<sup>1671</sup>

726. La legislación nacional varía considerablemente en cuanto a la legalidad y las condiciones de la detención en espera de la deportación. En algunos Estados se puede detener a un extranjero antes de la deportación como elemento habitual del proceso de deportación<sup>1672</sup>, o 1) cuando el extranjero haya eludido o amenace con eludir la deportación, o haya incumplido las condiciones que llevara aparejada su puesta en libertad provisional<sup>1673</sup>; 2) cuando el extranjero haya cometido ciertos delitos u otras infracciones, o ponga en peligro el orden público o la seguridad

<sup>1667</sup> Ibid., párr. 35.

<sup>1668</sup> Ibid., párr. 37.

<sup>1669</sup> Ibid., párr. 43.

<sup>1670</sup> Ibid., párr. 75 g).

<sup>1671</sup> “Si el deportado goza de libertad no se le impondrá restricción alguna durante ese período”. *Règles internationales*, nota 56 *supra*, artículo 32 [original en francés].

<sup>1672</sup> Argentina, Ley de 2004, artículos 35 y 70 a 72; Australia, Ley de 1958, artículos 196, 253 y 255; Austria, Ley de 2005, artículo 3.76 2); Belarús, Ley de 1998, artículo 30; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 28 3), 43 5) y 68 1); Brasil, Ley de 1980, artículo 60; Kenya, Ley de 1967, artículo 12 2); Madagascar, Ley de 1962, artículo 17; Malasia, Ley de 1959-1963, artículos 31, 34 1) y 35; y Nigeria, Ley de 1963, artículo 23 2); Federación de Rusia, Ley No. 115-FZ de 2002, artículos 31 9) y 34 5); y Estados Unidos, INA, artículos 241 a) 2) y 507 b) 1), 2) C) c). Tal detención puede decretarse específicamente en relación con un extranjero presuntamente relacionado con el terrorismo y puede prolongarse mientras dure el juicio penal del extranjero y el cumplimiento de la correspondiente sentencia (Estados Unidos, INA, artículo 507 b) 1), 2) C) y c)).

<sup>1673</sup> Belarús, Ley de 1993, artículo 26; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 68 2); Colombia, Decreto de 1995, artículo 93; República Checa, Ley de 1999, artículo 124 1); Alemania, Ley de 2004, artículo 62 2); Grecia, Ley de 2001, artículo 44 3); Hungría, Ley de 2001, artículo 46 1) a) y b); Italia, Ley No. 40 de 1998, artículo 11 6) y Decreto Ley de 1996, artículo 7 3); Japón, Orden de 1951, artículo 55 1); República de Corea, Ley de 1992, artículo 66 y Decreto de 1993, artículo 80; Polonia, Ley No. 1775 de 2003, artículo 101 1); y Suiza, Ley Federal de 1931, artículo 13b 1) c).

nacional del Estado<sup>1674</sup>; 3) para que las autoridades competentes puedan determinar la identidad o nacionalidad del extranjero, o para garantizar su seguridad después del traslado<sup>1675</sup>; o 4) cuando se estime necesario para llevar a cabo la deportación, en relación, por ejemplo, con las medidas necesarias para su transporte<sup>1676</sup>. Los Estados pueden 1) prohibir que se detenga al extranjero cuando se haya ordenado que éste abandone voluntariamente el país<sup>1677</sup>; o 2) autorizar la detención del extranjero o la imposición de otras restricciones a su libertad de residencia o circulación antes de la salida voluntaria del extranjero<sup>1678</sup>.

727. La ley aplicable puede establecer la duración del período de detención, los procedimientos que corresponda aplicar, o los derechos y recursos a disposición del extranjero<sup>1679</sup>. Ciertos Estados regulan específicamente la detención de menores<sup>1680</sup>, de personas susceptibles de recibir protección<sup>1681</sup>, o de extranjeros presuntamente relacionados con actividades de terrorismo<sup>1682</sup>. Hay Estados que permiten al extranjero solicitar la libertad bajo fianza<sup>1683</sup>. Otros pueden restringir la libertad de residencia del extranjero o sus actividades, o decidir que quede sujeto a

<sup>1674</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 68 2); Colombia, Decreto de 1995, artículo 93; República Checa, Ley de 1999, artículo 124 1); Grecia, Ley de 2001, artículo 44 3); Hungría, Ley de 2001, artículo 46 1) c) a e), 2) y 9); y Estados Unidos, INA, artículo 241 a) 6).

<sup>1675</sup> Austria, Ley de 2005, artículo 3.80 4) 1); Brasil, Ley de 1980, artículo 60; China, Disposiciones de 2003, artículo 184; Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículo 14 1), Ley No. 40 de 1998, artículo 12 1) y Decreto Ley de 1996, artículo 7 3); y Nigeria, Ley de 1963, artículo 31 3).

<sup>1676</sup> China, Disposiciones de 2003, artículo 184; Croacia, Ley de 2003, artículo 58; Francia, Código, artículo L551-1; Alemania, Ley de 2004, artículo 62 1); Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículo 14 1) y Ley No. 40 de 1998, artículo 12 1); Japón, Orden de 1951, artículos 13-2 y 52 5); Kenya, Ley de 1967, artículo 8 2) b), 3) y 4); República de Corea, Ley de 1992, artículo 63 1); Malasia, Ley de 1959-1963, artículo 34 1); Nigeria, Ley de 1963, artículos 31 3) y 45; Panamá, Decreto Ley de 1960, artículos 59 y 83; Polonia, Ley No. 1775 de 2003, artículo 101 4); Portugal, Decreto Ley de 1998, artículos 22 4) y 124 2); Suiza, Ley Federal de 1931, artículo 13b 1) a) y b); y Estados Unidos, INA, artículo 241 a) 1) C). Ese tipo de detención puede permitirse expresamente en tiempo de guerra (Nigeria, Ley de 1963, artículo 45).

<sup>1677</sup> Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 100 1).

<sup>1678</sup> Japón, Orden de 1951, artículo 55-3 3); y Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 123 2).

<sup>1679</sup> Argentina, Ley de 2004, artículos 70 a 72; Australia, Ley de 1958, artículos 196, 253, 254 y 255 6); Austria, Ley de 2005, artículos 3.76 3) a 7) y 3.78 a 3.80; Belarús, Ley de 1998, artículo 30, Ley de 1993, artículo 26; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 65 4) y 69 a 71; Brasil, Ley de 1980, artículo 60; Croacia, Ley de 2003, artículo 58; República Checa, Ley de 1999, artículo 124 2); Francia, Código, artículos L551-2, L551-3, L552-1, L552-2, L552-3, L552-6, L552-7, L552-8, L552-9, L552-10, L552-11, L552-12, L553-1, L553-2, L553-3, L553-4, L553-5, L553-6, L554-1, L554-2, L554-3, L555-1, L555-2 y L561-1; Alemania, Ley de 2004, artículo 62 1) a 3); Grecia, Ley de 2001, artículo 44 3); Hungría, Ley de 2001, artículo 46 3) a 7); Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículo 14 1) a 5 bis), 7) y 9), Ley No. 40 de 1998, artículo 12 1) a 7) y 9) y Decreto Ley de 1996, artículo 7 3); Japón, Orden de 1951, artículos 2 15) y 16), 13-2, 54, 55 2) a 5), 61-3, 61-3-2, 61-4, 61-6 y 61-7; República de Corea, Decreto de 1993, artículos 77 1) y 78; Malasia, Ley de 1959-1963, artículos 34 1) y 3) y 35; Nigeria, Ley de 1963, artículo 31; Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 59; Polonia, Ley No. 1775 de 2003, artículo 101 1), 2), 3) 1) y 4) a 7); Federación de Rusia, Ley No. 115-FZ de 2002, artículos 31 9) y 34 5); Suecia, Ley de 1989, capítulo 6, artículos 18 a 31; Suiza, Ley Federal de 1931, artículos 13b 2) y 3), 13c y 13d; y Estados Unidos, INA, artículos 241 g) y 507 b) 2) D), c) 2), d) y e).

<sup>1680</sup> Austria, Ley de 2005, artículo 3.79 2) y 3); y Suecia, Ley de 1989, capítulo 6, artículos 19 y 22.

<sup>1681</sup> Austria, Ley de 2005, artículo 3.80 5); y Suiza, Ley Federal de 1931, artículos 13a a) y d), y 13b 1) d).

<sup>1682</sup> Estados Unidos, INA, artículo 507 b) 2) D), c) 2), d) y e).

<sup>1683</sup> Belarús, Ley de 1998, artículo 30; Japón, Orden de 1951, artículos 54 2) y 3) y 55 3); República de Corea, Ley de 1992, artículos 65 y 66 2) y 3) y Decreto de 1993, artículos 79 y 80; Malasia, Ley de 1959-1963, artículo 34 1); y Estados Unidos, INA, artículo 241 c) 2) C).

control en lugar de ordenar que se le detenga o sin contemplar específicamente su detención<sup>1684</sup>. Hay Estados que pueden acordar con otros el traslado de los extranjeros detenidos<sup>1685</sup>. Algunos Estados pueden exigir al extranjero que pague los gastos de la detención<sup>1686</sup> y otros disponen expresamente que el propio Estado se haga cargo de ellos<sup>1687</sup>. En ciertos Estados se establece de forma expresa que la devolución de un extranjero no podrá interpretarse como detención<sup>1688</sup>.

728. Algunos tribunales nacionales han reconocido el derecho a detener extranjeros en espera de su deportación<sup>1689</sup>. En cuanto a la duración de la detención, numerosos

<sup>1684</sup> China, Reglas de 1986, artículo 15; Francia, Código, artículos L513-4, L552-4, L552-5, L552-6, L552-7, L552-8, L552-9, L552-10, L552-11, L552-12 y L555-1; Hungría, Ley de 2001, artículo 46 8); Japón, Orden de 1951, artículo 52 6); República de Corea, Ley de 1992, artículo 63 2) y Decreto de 1993, artículo 78 2) y 3); Madagascar, Ley de 1962, artículo 17; Nigeria, Ley de 1963, artículo 23 2); y Estados Unidos, INA, artículo 241 a) 3).

<sup>1685</sup> Australia, Ley de 1958, artículo 254.

<sup>1686</sup> *Ibid.*, artículos 209 y 211.

<sup>1687</sup> Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículo 14 9) y Ley No. 40 de 1998, artículo 12 9); Suiza, Reglamento de 1999, artículo 15 2) y 3); y Estados Unidos, INA, artículos 103 a) 11) y 241 c) 2) B).

<sup>1688</sup> Australia, Ley de 1958, artículo 198A 4).

<sup>1689</sup> “Sin embargo, este Tribunal ha reconocido al mismo tiempo que la detención mientras se tramita la deportación es un aspecto constitucionalmente válido del proceso de deportación”. *Charles Demore, District Director, San Francisco District of Immigration and Naturalization Service, et al., v. Hyung Joon Kim*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 29 de abril de 2003 [No. 01-1491], 538 U.S. 510; “Con arreglo al artículo 22 (parte 2) de la Constitución de la Federación de Rusia, un extranjero o un apátrida que se encuentre en el territorio de la Federación de Rusia podrá, en caso de deportación forzosa del territorio de la Federación, ser detenido durante el período necesario para su deportación y hasta que recaiga la correspondiente sentencia judicial, siempre que dicho período no exceda de 48 horas”. Sentencia No. 6, nota 239 *supra*. “A mayor abundamiento, el Tribunal de apelación sostiene que si, en opinión del Estado, existen criterios de seguridad u orden público que aconsejan que M. siga detenido mientras se decide su posible expulsión a un país distinto de Yugoslavia, o que se adopten otras medidas restrictivas en su contra, incumbe al Estado la responsabilidad de tomar las medidas que resulten necesarias y sean posibles conforme a la ley”. *SM v. State Secretary for Justice*, Tribunal de Apelaciones de los Países Bajos, La Haya, 29 de mayo de 1980; “Se entiende que la detención de la persona expulsada durante el tiempo necesario para tramitar su embarque o transporte al extranjero es lícita si hay motivos de interés público que lo justifiquen”. *In re de Souza*, Supremo Tribunal Federal, 29 de octubre de 1934, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1933-1934, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 139, págs. 333 y 334, en especial pág. 334; “La pretensión de que es obligatorio poner en libertad al inmigrante ilegal mientras se examina su caso es manifiestamente incompatible con las opiniones expresadas anteriormente; tal pretensión debilitaría e incluso anularía la posibilidad de ejercer las facultades mencionadas más arriba. Si la Oficina de Inmigración decide no deportar al extranjero o el recurrente no opta por esta solución, no queda otra alternativa que mantener al extranjero detenido en las dependencias de detención de inmigrantes hasta que se cumplan los requisitos necesarios para su admisión en el país”. *In re Grunblatt*, Corte Suprema de la Argentina, 7 de abril de 1948, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1948, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 84, pág. 278; “Conforme al segundo, el Poder Ejecutivo está facultado para ordenar la detención de los extranjeros de mayor peligrosidad hasta el momento del embarque, cuando haya motivos de seguridad pública que lo exijan”. *In re Bernardo Groisman*, Corte Suprema Federal, 22 de julio de 1935, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1935-1937, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 163, págs. 345 a 347, en especial pág. 346; “En *R. v. Governor of Durham Prison, ex p Singh* [1984] 1 All ER 983, [1984] 1 WLR 704, se declaró, en una decisión que nunca ha sido cuestionada (y que el Consejo Privado ha seguido en *Tan Te Lam v. Superintendent of Tai A Chau Detention Centre* [1996] 4 All ER 256, [1997] AC 97), que tal detención sólo era aceptable si se prolongaba durante el tiempo razonablemente necesario para llevar a cabo el proceso de deportación”. *A and others v Secretary of State for the Home Department*, Cámara de los Lores del Reino Unido [2004] UKHL 56, [2005] 2 AC 68, [2005]

tribunales nacionales han indicado que sólo puede detenerse a un extranjero el tiempo que sea razonablemente necesario para tramitar su deportación<sup>1690</sup>. En algunos casos, los tribunales han considerado excesiva la detención durante períodos prolongados en espera de la deportación<sup>1691</sup>.

- 3 All ER 169, 16 de diciembre de 2004 (Lord Bingham de Cornhill); *Rex v Governor of H.M. Prison at Brixton and the Secretary of State for Home Affairs, Ex parte Sliwa*, Tribunal de Apelaciones de Inglaterra, 20 de diciembre de 1951, *International Law Reports*, 1951, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 95, págs. 310 a 313; *Aronowicz v Minister of the Interior*, Sala de Apelaciones del Tribunal Supremo, 15 de noviembre y 12 de diciembre de 1949, *International Law Reports*, 1950, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 79, págs. 258 y 259; y *Al-Kateb v Godwin*, Tribunal Superior de Australia [2004] HCA 37, 6 de agosto de 2004.
- <sup>1690</sup> Véase, por ejemplo *In re de Souza*, Supremo Tribunal Federal, 29 de octubre de 1934, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1933-1934, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 139, págs. 333 y 334, en especial pág. 334, “Se entiende que la detención de la persona expulsada durante el tiempo necesario para tramitar su embarque o transporte al extranjero es lícita si hay motivos de interés público que lo justifiquen”; “Al responder a esa pregunta básica, el tribunal del hábeas corpus debe preguntarse si la duración de la detención en cuestión rebasa lo que se considera razonablemente necesario para garantizar la expulsión”. *Kestutis Zadvydas, Petitioner, v Christine G. Davis*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 533 U.S. 678, 28 de junio de 2001; “Por justificables que sean los motivos de orden público que lleven al Ejecutivo a decretar la expulsión de una persona de su territorio, es indudable que la privación de libertad a tal fin no puede prolongarse más allá del plazo en que esa medida preventiva pase a ser una pena sin el respaldo de la ley”. *In re Flaumebaum*, Cámara Criminal de la Capital, 24 de junio de 1941, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1941-1942, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 94, págs. 313 a 315, en especial pág. 313.
- <sup>1691</sup> Véase, por ejemplo, Sentencia No. 6, nota 239 *supra*; “Tal decisión [*In re Groisman*] no puede interpretarse en el sentido de que reconoce el derecho del Ejecutivo a prolongar la detención en el país de una persona que tenga en él su domicilio, incluso a efectos de garantizar que se lleve a cabo su expulsión legal, más allá del período en que dicha medida de precaución se transforme en una pena no autorizada por la ley, en el presente caso diecinueve meses sin ser juzgado ni oído por decisión de un Poder del Estado que no está facultado para adoptar ese tipo de medidas ni siquiera en estado de sitio (Constitución Nacional, artículos 23, 29 y 95). Por el contrario, corresponde a los tribunales determinar en cada caso si la detención rebasa o no los límites adecuados”. *In re Cantor*, Corte Suprema Federal, 6 de abril de 1938, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1938-1940, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 143, págs. 392 y 393; *In re Hely*, Corte Federal y de Casación de Venezuela, 16 de abril de 1941 (Per ILR, 1941-42, pág. 313) (el extranjero debe ser puesto en libertad, dado que el tiempo que lleva detenido rebasa el de la pena (de seis meses a un año) que la ley establece para el delito de que se le acusa); *In re de Souza*, Supremo Tribunal Federal, 29 de octubre de 1934, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1933-1934, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 139, págs. 333 y 334 (la detención por un período de 7 meses es ilícita). No obstante, véase *In re Bernardo Groisman*, Corte Suprema Federal, 22 de julio de 1935, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1935-1937, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 163, págs. 345 a 347 (el período de detención puede superar los tres días); “Por consiguiente, las negociaciones para la recepción de un deportado suelen ser prolongadas, y el período de siete semanas que Aronowicz permaneció detenido no puede considerarse excesivo. No hay pruebas de que el Ministro actuara de mala fe, por lo que no puede considerarse que se extralimitara en sus funciones”. *Aronowicz v Minister of the Interior*, Sala de Apelaciones del Tribunal Supremo, 15 de noviembre y 12 de diciembre de 1949, *International Law Reports*, 1950, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 79, págs. 258 y 259, en especial pág. 259; *Re Janoczka*, Tribunal de Apelaciones de Manitoba, Canadá, 4 de agosto de 1932, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1931-1932, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 154, págs. 291 y 292 (la detención por un período de 9 meses mientras se negociaba la admisión en otro Estado no se consideró una dilación indebida); “El plazo que los jueces han estimado adecuado en tiempo de paz oscila entre uno y cuatro meses. Tal vez, un plazo más largo pueda estar justificado en tiempo de guerra”. *United States Ex Rel. Janivaris v. Nicolls*, Estados Unidos, Tribunal de Distrito, Distrito de Massachussets, 20 de octubre de 1942, *Annual Digest and Reports of Public*



729. En una serie de causas recientes<sup>1692</sup>, varios tribunales nacionales han considerado si puede detenerse indefinidamente a un extranjero cuando la expulsión no es posible en un futuro próximo. En una causa sobre la que se pronunció en 1998<sup>1693</sup>, el Tribunal Constitucional de la Federación de Rusia examinó, en el marco de la expulsión de un apátrida, la constitucionalidad de una norma que permitía la detención indefinida del extranjero. El Tribunal declaró:

“6. Con arreglo al artículo 22 (parte 2) de la Constitución de la Federación de Rusia, un extranjero o un apátrida que se encuentre en el territorio de la Federación de Rusia podrá, en caso de deportación forzosa del territorio de la Federación, ser detenido durante el período necesario para su deportación y hasta que recaiga la correspondiente sentencia judicial, siempre que dicho período no exceda de 48 horas. La persona sólo podrá permanecer detenida por más tiempo si así lo dispone una sentencia judicial y siempre que sea la única forma de garantizar que la deportación se lleve a cabo.

Por consiguiente, es necesaria una decisión judicial para brindar protección a la persona no sólo frente a la prolongación arbitraria del período de detención más allá de 48 horas, sino también frente a una detención ilícita como tal, ya que, en cada caso, el tribunal evalúa la licitud y validez del recurso a la detención para la persona de que se trate.

Del artículo 22 de la Constitución de la Federación de Rusia, en relación con el artículo 55 (partes 2 y 3), se desprende que la detención por un período indefinido no puede considerarse una restricción admisible del derecho individual a la libertad y la seguridad personal y constituye, en esencia, una excepción a dicho derecho. Por ello, la disposición de la Ley de la Unión Soviética relativa a la situación jurídica de los extranjeros en la Unión Soviética que versa sobre la detención durante el período necesario para la deportación, que el demandante cuestiona, no puede servir de base para justificar la detención por un período indefinido, aun cuando la solución de la cuestión de la deportación de un apátrida pueda demorarse porque no haya ningún Estado que acepte recibir a la persona que se deporta. De lo contrario, la detención como medida necesaria para garantizar la ejecución de la decisión de deportación se convertiría en una forma autónoma de sanción que no está

---

*International Law Cases*, 1941-1942, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 95, págs. 316 a 318, en especial pág. 317 (se omiten las citas).

<sup>1692</sup> Entre los casos anteriores que abordan el tema de la detención indefinida de extranjeros en espera de deportación pueden mencionarse los siguientes: “El derecho a detener y mantener en prisión a un extranjero no es más que un incidente necesario del derecho a expulsar o deportar. Ni este tribunal ni ningún otro del país están facultados para mantener indefinidamente en prisión a un ciudadano o un extranjero en su sano juicio, excepto como castigo por un delito. La esclavitud fue derogada por la Decimotercera Enmienda. Es obvio que los procedimientos de deportación o expulsión no son penas que se impongan para sancionar un delito”. *Petition of Brooks*, Estados Unidos, Tribunal de Distrito, Distrito de Massachussets, 28 de abril de 1925, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1927-1928, Arnold D. McNair y H. Lauterpacht (eds.), Causa No. 232, pág. 340; “No obstante, la prisión indefinida no tiene fundamento alguno en la ley, porque vulnera los principios de defensa de la libertad y los imperativos de justicia consagrados en nuestra legislación”. *In re de Souza*, Supremo Tribunal Federal, 29 de octubre de 1934, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1933-1934, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 139, págs. 333 y 334, en especial pág. 334; *In re Forster*, Supremo Tribunal Federal del Brasil, 28 de enero de 1942 (La legislación anterior que limitaba el tiempo de prisión fue derogada, de modo que en ese momento no existía un límite y el plazo quedaba a discreción del Ministerio de Justicia).

<sup>1693</sup> Sentencia No. 6, nota 239 *supra*.

prevista en la legislación de la Federación de Rusia y contraviene las normas de la Constitución de la Federación de Rusia antes citadas.”<sup>1694</sup>

730. En *Zadvydas v. Davis*<sup>1695</sup>, se pidió al Tribunal Supremo de los Estados Unidos que se pronunciara sobre la constitucionalidad de una ley según la cual un extranjero presente en los Estados Unidos<sup>1696</sup> podía quedar detenido indefinidamente en espera de la deportación<sup>1697</sup>. Más que invalidar la ley, el Tribunal observó que:

“Sin embargo, según un principio esencial de interpretación del derecho, cuando una Ley del Congreso plantea ‘dudas graves’ en cuanto a su constitucionalidad, ‘este Tribunal debe determinar en primer lugar si es razonablemente posible interpretar la ley de modo que se evite el problema’.”<sup>1698</sup>

A continuación el Tribunal formuló las siguientes observaciones:

“Una ley que permitiera la detención indefinida de un extranjero plantearía un grave problema constitucional. La cláusula de garantías procesales de la Quinta Enmienda prohíbe al Gobierno ‘privar a cualquiera ... de su libertad ... sin las debidas garantías procesales’. El derecho a no ser encarcelado —a no ser objeto de detención, prisión u otras formas de restricción física por orden del Gobierno— subyace en el núcleo mismo de la libertad que esa cláusula protege. Véase *Foucha v. Louisiana*, 504 U. S. 71, 80 (1992). [...]

Según el Gobierno, la ley tiene dos finalidades normativas: ‘garantizar la comparecencia de los extranjeros en futuros procedimientos de inmigración’ y ‘proteger de un peligro a la comunidad’. Contestación a la demanda en No. 99-7791, pág. 24. Sin embargo, por definición, la primera justificación —impedir la huida— es poco sólida o simplemente no procede cuando la expulsión parece, en el mejor de los casos, una posibilidad remota. Como declaró este Tribunal en *Jackson v. Indiana*, 406 U. S. 715 (1972), cuando en la práctica ya no es factible lograr el objetivo de la detención, ésta ‘deja de

<sup>1694</sup> El Tribunal también declaró que la ley, en la medida en que permitía la detención durante más de 48 horas sin orden judicial, era inconstitucional. Sentencia No. 6, nota 239 *supra*, párr. 6 [original en ruso].

<sup>1695</sup> *Kestutis Zadvydas, Petitioner, v. Christine G. Davis e Immigration and Naturalization Service v. Kim Ho Ma*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 28 de junio de 2001, Nos. 99-7791 y 00-38.

<sup>1696</sup> En lugar de un extranjero que solicita la entrada en los Estados Unidos. Véase análisis en *Clark v. Martínez, infra*. El Tribunal distinguió el caso *Zadvydas* de otros en los que, al parecer, había autorizado la detención indefinida basándose en los mismos motivos, como *Shaughnessy v. United States ex rel. Mezei*, 345 U. S. 206 (1953) (relativo a un extranjero que residía legalmente en el país a quien, tras volver a los Estados Unidos después de un viaje al extranjero, se denegó la entrada en el país y permaneció detenido indefinidamente en Ellis Island porque el Gobierno no pudo encontrar otro país que lo aceptara).

<sup>1697</sup> “[La ley] no establece ‘límites en cuanto al tiempo que un extranjero que entra en una de las categorías del artículo 1231 a) 6) puede permanecer detenido una vez que expire el período de expulsión’”. *Kestutis Zadvydas*, nota 1695 *supra*, pág. 689.

<sup>1698</sup> *Ibid.*, pág. 689 (en referencia a *Crowell v. Benson*, 285 U. S. 22, 62 (1932); véanse también *United States v. X-Citement Video, Inc.*, 513 U. S. 64, 78 (1994); *United States v. Jin Fuey Moy*, 241 U. S. 394, 401 (1916); cf. *Almendarez-Torres v. United States*, 523 U. S. 224, 238 (1998) (la interpretación de una ley de modo que se evite su anulación es el mejor modo de reflejar la voluntad del Congreso).

tener una relación razonable con el fin que se perseguía al detener a la persona'. Id., pág. 738.”<sup>1699</sup>

Por consiguiente, el Tribunal declaró que:

“Al contestar a la pregunta básica [de si la existencia de determinadas circunstancias que justifiquen la detención durante el período que se estime razonablemente necesario para garantizar la expulsión, o más allá de él, puede condicionar la valoración de si la detención se ajusta o no a lo previsto en la ley], el tribunal del hábeas corpus debe preguntarse si la detención en cuestión rebasa el período razonablemente necesario para llevar a cabo la expulsión. La razonabilidad debe ponderarse en primer lugar teniendo en cuenta la finalidad básica de la ley, es decir, garantizar la presencia del extranjero en el momento de la expulsión. Por consiguiente, si no existe una posibilidad razonable de expulsión, el tribunal debe estimar que no es razonable mantener detenido al extranjero y que la detención ha dejado de estar autorizada por la ley. En tal caso, claro está, la puesta en libertad del extranjero puede y debe estar sujeta a la modalidad de liberación bajo supervisión que mejor se ajuste a las circunstancias, y el extranjero podrá ser detenido de nuevo si incumple alguna de las condiciones que se le impongan. [...]

Somos conscientes de que reconocer ese necesario margen de maniobra al Ejecutivo a menudo exigirá realizar valoraciones complejas. Para limitar los casos en que los tribunales tengan que emitir ese tipo de juicios, entendemos que, en la práctica, es necesario establecer alguna presunción sobre qué debe entenderse por período de detención razonable. [...]

Aunque existen argumentos en favor de limitar cualquier presunción a 90 días, no estamos seguros de que cuando el Congreso redujo el período de expulsión a 90 días en 1996 creyera que todas las expulsiones razonablemente previsibles pudieran llevarse a cabo en ese plazo. Sin embargo, existen motivos para creer que anteriormente el Congreso había cuestionado la constitucionalidad de detener a alguien durante más de seis meses. Véase *Juris. Declaración de los Estados Unidos en United States v. Witkovich*, O. T. 1956, No. 295, págs. 8 y 9. Por consiguiente, en aras de la uniformidad de criterio de los tribunales federales, reconocemos la existencia de tal plazo. Pasados esos seis meses, una vez que el extranjero justifique adecuadamente que es poco probable que la expulsión se decrete en un futuro razonablemente previsible, el Gobierno deberá responder a tal pretensión con pruebas suficientes. Y dada la prolongación cada vez mayor del período de detención anterior a la expulsión, para que la detención siga siendo razonable lo que se entiende por ‘futuro razonablemente previsible’ tendrá que ser, por el razonamiento inverso, cada vez más cercano. Es evidente que esa presunción de los seis meses no significa que todos los extranjeros no expulsados deban ser puestos en libertad después de seis meses. Por el contrario, un extranjero puede permanecer detenido hasta que se determine que es poco probable que se le expulse en un futuro razonablemente previsible.”<sup>1700</sup>

<sup>1699</sup> No obstante, el Tribunal limitó el alcance de su decisión a la expulsión de inmigrantes en situación regular y observó expresamente que “Tampoco se toma en consideración el terrorismo ni otras circunstancias particulares en las que podrían invocarse argumentos especiales en favor de aplicar modalidades de detención preventiva o de atenerse en mayor medida a las valoraciones de las instancias políticas en materia de seguridad nacional”. *Kestutis Zadvydas*, nota 1695 *supra*, págs. 690 y 696.

<sup>1700</sup> *Ibid.*, págs. 699 a 701.

731. En una decisión posterior, *Clark v. Martínez*<sup>1701</sup>, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos extendió a los extranjeros no admisibles su conclusión de que un extranjero sólo puede permanecer detenido durante el tiempo razonablemente necesario para llevar a cabo la expulsión. Por consiguiente, dicho Tribunal declaró que:

“Dado que el Gobierno no ha aportado ningún motivo que justifique que el período razonablemente necesario para llevar a cabo la expulsión es más largo en el caso de un extranjero inadmisibles, se aplica la presunción establecida en *Zadvydas* de que la detención debe durar 6 meses. Véase 533 U. S., págs. 699 a 701. El período de detención de Martínez y Benítez rebasó con creces los seis meses contados desde el momento en que sus órdenes de expulsión adquirieron firmeza. Como quiera que el Gobierno no ha aportado ningún argumento que indique que sigue siendo altamente probable que se produzca la expulsión pese al transcurso de seis meses (de hecho, reconoce que ni siquiera mantiene ya negociaciones con Cuba para la repatriación); y que el Tribunal de Distrito ha determinado en ambos casos que la expulsión a Cuba no es razonablemente previsible; deberían haberse concedido las peticiones de hábeas corpus.”<sup>1702</sup>

732. De una cuestión similar se ocupó el Tribunal Superior de Australia en la causa *Al-Kateb v. Godwin*<sup>1703</sup>, en la que el Tribunal examinó si la detención administrativa de extranjeros en situación irregular podía prolongarse indefinidamente. El Tribunal declaró la constitucionalidad de la ley impugnada. El Juez McHugh observó que:

“Una ley por la que se exige la detención del extranjero deriva su carácter de la finalidad de la detención. La detención no será punitiva siempre que tenga por objeto garantizar la disponibilidad del extranjero a efectos de su deportación o impedir su entrada en Australia o en la comunidad australiana.”<sup>1704</sup>

733. Varios Lores también se han referido a las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en la causa *Zadvydas v. Davis*<sup>1705</sup>, la Queen’s Bench Division del Reino Unido en la causa *R. v. Governor of Durham Prison, ex parte Hardial Singh*<sup>1706</sup>, y el Consejo Privado de Hong Kong en la causa *Tan Te Lam v. Superintendent of Tai A Chau Detention Centre*<sup>1707</sup>, en las que se declaró la ilicitud de la detención indefinida. Los Lores señalaron que la impugnación jurídica de la detención indefinida no había prosperado en las causas *Lloyd v. Wallach*<sup>1708</sup>,

<sup>1701</sup> *Seattle, Immigration and Customs Enforcement, et al. v. Martínez*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 12 de enero de 2005, No. 03-878.

<sup>1702</sup> *Ibid.*, pág. 15.

<sup>1703</sup> *Al-Kateb v. Godwin*, Tribunal Superior, 6 de agosto de 2004, 2004 HCA 37.

<sup>1704</sup> *Ibid.*

<sup>1705</sup> *Kestutis Zadvydas*, nota 1695 *supra*.

<sup>1706</sup> “Aunque la facultad de realizar detenciones que el párrafo 2 otorga al Secretario de Estado no está sujeta a ninguna limitación temporal expresa, estoy convencido de que está sometida a limitaciones. En primer lugar, sólo puede ordenar la detención si el detenido está, en un caso, en espera de que se apruebe la orden de expulsión y, en el otro, en espera de su expulsión. ... En segundo lugar, dado que la facultad se otorga para que el mecanismo de deportación pueda funcionar, entiendo que, de forma implícita, la facultad de detención se limita al período razonablemente necesario para conseguir ese fin”. *Regina v Governor of Durham Prison, ex parte Hardial Singh*, [1984] 1 WLR 704; [1984] 1 All ER 983.

<sup>1707</sup> *Tan Te Lam v Superintendent of Tai A Chau Detention Centre*, Consejo Privado de Hong Kong [1997] AC 97.

<sup>1708</sup> *Lloyd v Wallach*, 20 CLR 299 (1915).

relativa a la Ley de precauciones en tiempo de guerra de 1914 (Cth), y *ex parte Walsh*<sup>1709</sup>, referente al Reglamento general de seguridad nacional de 1939 (Cth).

734. En la causa *Al-Kateb* también se observó que, aunque la ley era constitucional, no se examinaba la cuestión de si la ley se ajustaba a las obligaciones internacionales de Australia. El Tribunal rechazó expresamente el argumento de que la Constitución debe interpretarse de conformidad con los principios del derecho internacional público<sup>1710</sup>.

735. En la causa *A and others v. Secretary of State for the Home Department*<sup>1711</sup>, la Cámara de los Lores del Reino Unido consideró si el Reino Unido podía, en virtud de una derogación del artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, detener indefinidamente a los extranjeros contra los que se hubiera dictado una orden de expulsión pero cuya deportación no fuera posible.

736. Se observó que, conforme a la sentencia dictada anteriormente por la Cámara de los Lores en la causa *R. v. Governor of Durham Prison ex parte Singh*, las personas sujetas a expulsión sólo podían ser detenidas "... por el tiempo razonablemente necesario para llevar a cabo el procedimiento de deportación"<sup>1712</sup>. Asimismo, se recordó que, con arreglo a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la causa *Chahal*, algunas personas relacionadas con el terrorismo internacional no podían ser expulsadas del Reino Unido. Por tal motivo se había presentado una notificación oficial de derogación en relación con el artículo 5.

737. La Cámara de los Lores declaró que las disposiciones de la ley impugnada que permitían la detención indefinida de extranjeros sin formular cargos ni celebrar juicio eran ilícitas a pesar de que se hubiese solicitado una derogación. Se consideró que la disposición era desproporcionada y discriminatoria, ya que se aplicaba de forma distinta a los nacionales y los no nacionales sospechosos de estar relacionados con el terrorismo. Lord Bingham de Cornhill observó que:

“El artículo 15 exige que las medidas de derogación no vayan más allá de lo que exija estrictamente la situación y la prohibición de discriminación por razones de nacionalidad o por la condición de inmigrante no ha sido objeto de derogación. El artículo 14 sigue estando plenamente en vigor. Cualquier medida discriminatoria afecta inevitablemente a un reducido grupo de personas, pero no puede justificarse alegando que serían más los perjudicados si la medida se aplicara con carácter general. Lo que debe justificarse no es la medida en cuestión sino la diferencia de trato entre una persona o grupo y otros. Lo que no puede justificarse aquí es la decisión de detener a un grupo de

<sup>1709</sup> *Ex parte Walsh*, [1942] ALR 359.

<sup>1710</sup> Por último, a diferencia de lo que sostiene Kirby J., los tribunales no pueden interpretar la Constitución tomando como referencia las disposiciones del derecho internacional aceptadas con posterioridad a la promulgación de la Constitución en 1900. Las normas de derecho internacional existentes en ese momento pueden, en algunos casos, aclarar en cierta medida el significado de una disposición constitucional”. *Ex parte Walsh*, [1942] ALR 359 (Gleeson, C.J.).

<sup>1711</sup> *A and others v. Secretary of State for the Home Department*, Cámara de los Lores del Reino Unido [2004] UKHL 56, [2005] 2 AC 68, [2005] 3 All ER 169, 16 de diciembre de 2004.

<sup>1712</sup> *Ibid.*, párr. 8 (Lord Bingham de Cornhill). Lord Nicholls de Birkenhead observó que “la prisión indefinida sin formular cargos ni celebrar juicio es un anatema en cualquier estado de derecho. Tal situación priva al detenido de la protección que le brinda el proceso penal. Para que esta medida extrema pueda justificarse deben concurrir circunstancias verdaderamente excepcionales”.

presuntos terroristas internacionales, definidos por su nacionalidad o su condición de inmigrantes, y no a otro<sup>1713</sup>.”

### 3. Acuerdos prácticos

738. Pueden darse situaciones en las que un Estado rechace la admisión de una persona que haya sido expulsada de otro Estado. Ello puede crear graves problemas prácticos para todos los afectados. Por consiguiente, los Estados tratan de evitar esta posibilidad obteniendo garantías de que un determinado Estado admitirá al extranjero antes de que se produzca su salida.

“A raíz del importante desarrollo de las comunicaciones y la cooperación internacional entre las fuerzas de policía, es frecuente que el extranjero deportado por un Estado no sea admitido por otros; a falta de factores políticos, las razones que pueden llevar a un Estado a deportar a una persona la hacen igualmente inaceptable para otros Estados. Un problema práctico del que son plenamente conscientes todas las autoridades nacionales de inmigración es la necesidad de prestar asistencia a los transportistas por aire, tierra y mar en la labor de transportar a un deportado a un destino donde sea aceptado. Conforme a lo previsto en la ley o en acuerdos administrativos concluidos al efecto, la mayoría de los países exigen a los transportistas que trasladan a su territorio a un extranjero deportable que lo vuelvan a transportar fuera de él a expensas del propio transportista; ningún transportista acoge con agrado la perspectiva de contar con un pasajero permanente a bordo y es comprensible que se dirija al Estado que deporta para que le indique claramente el destino donde se aceptará al extranjero deportado. Por consiguiente, el derecho interno de la mayoría de los Estados faculta a las autoridades para hacer constar un destino concreto en la orden de deportación; tal mención específica es el resultado de gestiones previas en virtud de las cuales las autoridades de otro Estado garantizan que éste aceptará al extranjero.”<sup>1714</sup>

739. La cuestión de los acuerdos prácticos para la deportación de una persona se regula en el anexo 9 del Convenio de Aviación Civil Internacional<sup>1715</sup>. Debe destacarse especialmente el párrafo 5.18, que se ocupa de la organización y el costo del retiro. Dicho párrafo dispone:

“5.18 Los Estados contratantes que ordenen el traslado de una persona deportada de su territorio se harán cargo de todas las obligaciones, responsabilidades y costos relacionados con el retiro.”

740. La cuestión de los acuerdos para el transporte de los deportados se regula detalladamente en la legislación de muchos Estados. Hay Estados que pueden disponer que el extranjero sea escoltado forzosamente fuera del Estado como alternativa a la salida voluntaria<sup>1716</sup>, o como modalidad habitual de deportación en

<sup>1713</sup> *Ibid.*, párr. 68.

<sup>1714</sup> Ivan Anthony Shearer, *Extradition in International Law*, Manchester, University Press, 1971, pág. 77 (se omiten las citas) (en relación con *United States ex rel. Frangoulis v. Shaughnessy*, 210 F. 2d 592 (2nd Cir. 1954); *R. v. Governor of Brixton ex parte Sliwa* [1952] 1 K.B. 169 (Ct. App.); *In re Guerreiro*, 18 *Int'l L. Rep.* 315 (Corte Suprema de la Argentina, 1951)).

<sup>1715</sup> Convenio de Aviación Civil Internacional, Chicago, 7 de diciembre de 1944, anexo 9 (12ª ed.), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 15, No. 102, pág. 295.

<sup>1716</sup> Belarús, Decisión del Consejo de 1999, artículo 4; Brasil, Decreto de 1981, artículo 98 2); China, Ley de 1986, artículo 30 y Nota de 1987, artículo 5; Lituania, Ley de 2004, artículo 129 1); Suecia, Ley de 1989, capítulo 8, artículo 12; y Suiza, Reglamento de 1949, artículos 16 8) y 17 1).

ciertos casos<sup>1717</sup>. Asimismo, los Estados pueden ordenar dicha escolta cuando 1) razones de seguridad u otros motivos concretos lo exijan<sup>1718</sup>; 2) el extranjero no abandone voluntariamente el Estado; ó 3) el extranjero incumpla de cualquier otro modo las condiciones impuestas en relación con el período anterior a la deportación<sup>1719</sup>. Los Estados pueden escoltar forzosamente al extranjero a la frontera<sup>1720</sup>, o a un puerto o aeropuerto<sup>1721</sup>. Un Estado puede establecer el procedimiento o las condiciones a que deberá ajustarse la deportación, incluso en lo que respecta a la forma de la orden de deportación<sup>1722</sup>.

741. Los Estados pueden ordenar al extranjero que salga del país en el siguiente buque o medio de transporte disponible<sup>1723</sup>. Asimismo, pueden exigir que el transportista que el extranjero utilizó para desplazarse al país se encargue de sacarlo de su territorio<sup>1724</sup>, u obligar a ello a cualquier otro transportista<sup>1725</sup>. Los Estados

<sup>1717</sup> Australia, Ley de 1958, artículos 198 1A), 198A y 206; Austria, Ley de 2005, artículo 3.46 1) 4); Camerún, Decreto de 2000, artículos 60 y 62 2); China, Disposiciones de 1992, artículo VI y Nota de 1987, artículo 5; Francia, Código, artículos L541-1, L621-1, L624-2 y L624-3; Hungría, Ley de 2001, artículo 4 1); Italia, Ley de 2005, artículo 3 1), Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículos 13 4) y 26, Decreto Ley de 1996, artículo 7 3); Lituania, Ley de 2004, artículo 2 8); Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 21 3); Suiza, Reglamento de 1949, artículo 17 1) y Ley Federal de 1931, artículo 14 1) b) y c); y Estados Unidos, INA, artículo 241 a). Este tipo de deportación puede ordenarse en el caso de extranjeros presuntamente relacionados con el terrorismo (Italia, Ley de 2005, artículo 3 2)).

<sup>1718</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 72; y Austria, Ley de 2005, artículo 3.46 1) 1).

<sup>1719</sup> Austria, Ley de 2005, artículo 3.46 1) 2); Belarús, Ley de 1993, artículo 26; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 63 4); Brasil, Decreto de 1981, artículo 98 1) y Ley de 1980, artículos 56 y 64 b); Chile, Decreto de 1975, artículo 67; China, Disposiciones de 2003, artículo 189 y Disposiciones de 1992, artículo I iii); Croacia, Ley de 2003, artículo 56; Guatemala, Reglamento de 1999, artículo 98; Hungría, Ley de 2001, artículo 46 1) b); Irán, Ley de 1931, artículo 11; Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículo 13 5); Japón, Orden de 1951, artículos 24 2)-3, 5)-2, 6)-2, 8) y 9), y 55-6; Kenya, Ley de 1967, artículo 8 4); Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 59; Paraguay, Ley de 1996, artículo 39; Polonia, Ley No. 1775 de 2003, artículo 95 1); Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 124 1); Federación de Rusia, Ley No. 115-FZ de 2002, artículo 31 3) y 4); Suecia, Ley de 1989, capítulo 8, artículo 12; y Suiza, Reglamento de 1949, artículo 17 1) y Ley Federal de 1931, artículo 14 1) a).

<sup>1720</sup> Belarús, Decisión del Consejo de 1999, artículos 3 y 22 y Ley de 1998, artículo 33; Francia, Código, artículo L541-1; Polonia, Ley No. 1775 de 2003, artículo 101 3) 4); y Federación de Rusia, Ley No. 115-FZ de 2002, artículo 34 3). Los Estados pueden especificar el paso fronterizo que deben utilizar los extranjeros que salgan de su territorio (República Checa, Ley de 1999, artículo 118 1)).

<sup>1721</sup> Polonia, Ley No. 1775 de 2003, artículo 101 3) 4).

<sup>1722</sup> Australia, Ley de 1958, artículo 206; Austria, Ley de 2005, artículo 3.46 3), Belarús, Decisión del Consejo de 1999, artículo 4; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículos 58 1) a 4) y 63 1), 3) y 4); Camerún, Decreto de 2000, artículos 61 y 62 2) y 3); China, Disposiciones de 1992, artículos II a VI y VIII y Nota de 1987, artículo 5; Francia, Código, artículos L541-3, L532-1, L561-1 y L561-2; Hungría, Ley de 2001, artículo 44; Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículo 16 7); Japón, Orden de 1951, artículos 51, 52, 55-3 2) y 55-4; República de Corea, Ley de 1992, artículo 62 y Decreto de 1993, artículo 77 2) a 4); Nigeria, Ley de 1963, artículos 21 1) y 27 2); Polonia, Ley No. 1775 de 2003, artículo 95 2) a 4); Suecia, Ley de 1989, capítulo 8, artículos 13 y 15; y Estados Unidos, INA, artículo 101 a) 47) A).

<sup>1723</sup> China, Reglas de 1986, artículo 15.

<sup>1724</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 35; Australia, Ley de 1958, artículo 217 1) y 2); Brasil, Ley de 1980, artículo 27; Chile, Decreto de 1975, artículo 11; China, Reglas de 1986, artículo 11 3); República Checa, Ley de 1999, artículo 104; Francia, Código, artículos L213-4, L-213-5 y L213-8; Japón, Orden de 1951, artículo 59; República de Corea, Decreto de 1993, artículo 76; Nigeria, Ley de 1963, artículo 17 1); Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 21 1); Suecia, Ley de 1989, capítulo 8, artículo 6; y Estados Unidos, INA, artículo 241 c) 1) d) 1).

<sup>1725</sup> Australia, Ley de 1958, artículos 218 1) y 2), y 220; Nigeria, Ley de 1963, artículos 17 2) y 22 1) y Estados Unidos, INA, artículos 241 d) 3) y 254 c).

pueden limitar las circunstancias en las que un transportista debe hacerse cargo de la retirada del extranjero<sup>1726</sup>. Los Estados pueden 1) escoltar forzosamente al extranjero a la nave de que se trate o disponer que se le mantenga allí<sup>1727</sup>; ó 2) exigir al transportista que detenga a los extranjeros que se encuentren en la nave<sup>1728</sup>. Algunos Estados pueden gestionar la adquisición de pasajes para el extranjero<sup>1729</sup>, o concertar acuerdos generales con transportistas para la salida de los extranjeros de su territorio<sup>1730</sup>.

742. Los Estados pueden imponer al transportista<sup>1731</sup>, o concretamente al transportista que trajo al extranjero a su territorio<sup>1732</sup>, el pago de los gastos de transporte, incluidos los relativos al mantenimiento del extranjero durante el período anterior a la deportación<sup>1733</sup> o a su escolta forzosa<sup>1734</sup>. Los Estados pueden exigir al extranjero que pague los gastos que ocasione su transporte<sup>1735</sup>, o establecer las condiciones en las que el Estado se hará cargo de ellos, teniendo en cuenta las posibles indemnizaciones que deban abonar el empleador u otros garantes del extranjero, o cualquier posible contribución del Gobierno del Estado cuya nacionalidad posee el extranjero<sup>1736</sup>. Algunos Estados también pueden tomar medidas con respecto al procedimiento de deportación y los lugares de destino de

<sup>1726</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 43; Australia, Ley de 1958, artículo 221; República Checa, Ley de 1999, artículo 104 4); Suecia, Ley de 1989, capítulo 9, artículos 2 y 3; y Estados Unidos, INA, artículo 241 c) 1) A) y B).

<sup>1727</sup> Australia, Ley de 1958, artículos 198A 2) a), b) y d), 253 8) y 255; Camerún, Decreto de 2000, artículo 60; Japón, Orden de 1951, artículo 52 3); República de Corea, Ley de 1992, artículo 62 2) y Decreto de 1993, artículo 77 4); Malasia, Ley de 1959-1963, artículo 34 2); y Nigeria, Ley de 1963, artículos 17 3) y 22 2).

<sup>1728</sup> Nigeria, Reglamento de 1963 (L.N. 93), artículo 7 2); y Estados Unidos, INA, artículos 241 d) 2) y 252 b).

<sup>1729</sup> Australia, Ley de 1958, artículo 216.

<sup>1730</sup> Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículo 14 8), Ley No. 40 de 1998, artículo 12 8); y Suiza, Reglamento de 1999, artículo 11.

<sup>1731</sup> Australia, Ley de 1958, artículo 220; Camerún, Decreto de 2000, artículo 60; y Nigeria, Ley de 1963, artículo 17 2).

<sup>1732</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 43 c); Australia, Ley de 1958, artículo 213; China, Reglas de 1986, artículo 11 3); Francia, Código, artículo L213-6; Japón, Orden de 1951, artículo 59 1) a 3); República de Corea, Decreto de 1993, artículo 76; Madagascar, Decreto de 1994, artículo 17 y Ley de 1962, artículo 5; Malasia, Ley de 1959-1963, artículos 47, 48 y 48A; Nigeria, Ley de 1963, artículos 22 3) y 40; Suecia, Ley de 1989, capítulo 9, artículos 2 y 3; y Estados Unidos, INA, artículos 241 c) 3), e) 1), 3) B) y f), 252 b) y 254 c).

<sup>1733</sup> Asimismo, los Estados pueden denegar cualquier responsabilidad frente al transportista en relación con la expulsión del extranjero (Chile, Decreto de 1975, artículo 11; y Japón, Orden de 1951, artículo 59).

<sup>1734</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 43 c); Suecia, Ley de 1989, capítulo 9, artículo 2; y Estados Unidos, INA, artículo 254 c).

<sup>1735</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 68; Australia, Ley de 1958, artículos 210 y 212; Belarús, Decisión del Consejo de 1999, artículos 11, 23 y 26, Ley de 1998, artículo 34; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 65 1); China, Disposiciones de 1992, artículos III iv) y VII; Federación de Rusia, Ley No. 115-FZ de 2002, artículo 31 5); y Suecia, Ley de 1989, capítulo 9, artículo 1.

<sup>1736</sup> Australia, Ley de 1958, artículo 221 2); Belarús, Decisión del Consejo de 1999, artículos 11, 23, 24 y 27, Ley de 1998, artículo 34; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 65 2), 3) y 5); China, Disposiciones de 1992, artículos III iv) y VII; República Checa, Ley de 1999, artículo 123; Francia, Código, artículo L532-1; Hungría, Ley de 2001, artículo 44 5); Irán, Ley de 1931, artículo 11; República de Corea, Ley de 1992, artículos 90 y 90-2 2); Nigeria, Ley de 1963, artículos 22 3), 34, 39 y 42; Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 18; Paraguay, Ley de 1996, artículo 112 3); Federación de Rusia, Ley No. 115-FZ de 2002, artículo 31 5) y 6); Suiza, Reglamento de 1999, artículos 13 y 15a a 15c y Decreto Federal de 1909, artículos 1 y 2; y Estados Unidos, INA, artículo 241 e) 1) y 2), 3) A), C) y f).



los extranjeros que carezcan de documentos de viaje<sup>1737</sup>, o en relación con la adquisición de tales documentos<sup>1738</sup>. Los Estados pueden privar al extranjero de sus documentos de viaje 1) mientras se tramita la petición del permiso de residencia que el extranjero haya cursado después de entrar en el territorio del Estado<sup>1739</sup>; 2) durante el proceso de expulsión, a menos que el extranjero acceda a salir voluntariamente del país<sup>1740</sup>; ó 3) mientras dure el proceso de deportación<sup>1741</sup>.

#### 4. Denegación de entrada

743. Algunas leyes nacionales regulan la situación de un extranjero expulsado cuya admisión es denegada por el Estado de destino. En tal caso, el Estado que expulsa puede revocar la orden de deportación, reservándose del derecho a dictar una nueva orden<sup>1742</sup>. Si no hay ningún Estado que desee aceptar al extranjero, o no hay ninguna forma de que el extranjero regrese a otro país, el Estado que expulsa podrá conceder al extranjero un permiso de residencia temporal<sup>1743</sup>, o detenerlo e intentar que algún Estado acepte su admisión<sup>1744</sup>.

#### 5. Acuerdos de cooperación

744. Se han destacado los problemas prácticos que pueden surgir en relación con la expulsión de extranjeros incluso cuando el Estado de destino coincide con el de nacionalidad y el modo en que los Estados han tratado de resolver esos problemas mediante acuerdos internacionales.

“Lo normal es que no se plantee la cuestión de la elección. El único Estado que hay que tener en cuenta es el Estado de nacionalidad. Puede que ningún otro Estado esté dispuesto a admitir a la persona de que se trate; de hecho, es frecuente que incluso el Estado de la nacionalidad, pese a estar internacionalmente obligado a ello, tenga una actitud reacia por consideraciones de orden político. Si se acepta a un nacional procedente del país al que intentó migrar por razones de necesidad económica se puede dar la impresión de estar cooperando con el Estado que expulsa, lo que resulta impopular. Y lo que es aún peor para el Estado que expulsa, puede que sea difícil determinar la identidad y la nacionalidad, sobre todo porque al extranjero no le interesa facilitar información precisa a fin de dificultar aún más la expulsión.

Este obstáculo práctico a la expulsión se ha superado en parte mediante la celebración de acuerdos de cooperación entre los Estados de inmigración y los Estados de origen de inmigrantes ilegales. Para fomentar la celebración de estos acuerdos se han concedido incentivos financieros y de otra índole,

<sup>1737</sup> Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículos 10 3), 14 1), 5) y 5 bis), y 16 7), Ley No. 40 de 1998, artículo 8 3); y Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 59. Los Estados pueden tomar medidas para averiguar la identidad y el origen de un extranjero que carezca de documentos u otra prueba de identidad (Italia, Decreto Ley de 1996, artículo 7 3)). Los Estados pueden restringir los movimientos de los extranjeros mientras dure ese proceso (Italia, Decreto Ley de 1996, artículo 7 3)).

<sup>1738</sup> Austria, Ley de 2005, artículo 3.46 2); Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículo 14 1) y 5) y Decreto Ley de 1996, artículo 7 3); y Suiza, Reglamento de 1999, artículo 9.

<sup>1739</sup> Suecia, Ley No. 529 de 1989, capítulo 5, artículo 3.

<sup>1740</sup> Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 43 4).

<sup>1741</sup> Suecia, Ley No. 529 de 1989, capítulo 5, artículo 3.

<sup>1742</sup> Australia, Ley de 1958, artículo 220 1) y 2).

<sup>1743</sup> Francia, Código, artículo L523-3.

<sup>1744</sup> Estados Unidos, INA, artículo 507 b) 2) C).

incluido el establecimiento de cuotas para facilitar la inmigración regular procedente de ciertos países. No procede en este contexto examinar exhaustivamente todos los acuerdos de admisión que existen actualmente. Baste como ejemplo el modelo de acuerdo aprobado por el Consejo de Ministros de la Unión Europea, que ha adquirido aún mayor relevancia si se tienen en cuenta las competencias que el Tratado de Amsterdam ha otorgado a la Comunidad Europea en materia de inmigración.

El modelo de acuerdo en cuestión obliga a cada una de las Partes contratantes a admitir, a petición de la otra Parte contratante, a ‘toda persona que en el territorio de la Parte contratante requirente no cumpla o haya dejado de cumplir los requisitos vigentes de entrada o residencia, siempre que se tenga constancia o se acredite que la persona en cuestión posee la nacionalidad de la Parte contratante requerida’. También se establece una obligación en relación con los nacionales de terceros países; tal obligación se impone a la Parte contratante ‘por cuya frontera exterior se tenga constancia o se acredite que ha entrado una persona que no cumple o ha dejado de cumplir en el territorio de la Parte contratante requirente con las condiciones vigentes de entrada o residencia’. Hasta ahora son pocos los acuerdos concluidos por los Estados miembros de la Comunidad Europea que contemplen la readmisión de nacionales de terceros países. Un ejemplo de este tipo de acuerdos es el celebrado entre Italia y Albania; sin embargo, de él se excluye a los inmigrantes de países fronterizos con Albania.”<sup>1745</sup>

## **X. Consideraciones especiales para determinadas categorías de extranjeros**

### **A. Extranjeros ilegales**

#### **1. Limitaciones generales**

##### **a) Limitaciones tradicionales**

745. Parece que algunas de las limitaciones tradicionales que pueden afectar a la expulsión de extranjeros, como la prohibición de la arbitrariedad y la violación de derechos, y el principio de buena fe, se aplican también a la expulsión de extranjeros ilegales. El Relator Especial sobre los derechos de los no ciudadanos, David Weissbrodt, señaló que los Estados no pueden ejercer arbitrariamente su derecho a exigir la partida de los inmigrantes que se encuentran de forma ilegal en su territorio. También señaló que los inmigrantes ilegales no deben ser tratados como delincuentes:

<sup>1745</sup> Giorgio Gaja, nota 28 *supra*, pág. 294 (donde se citan, entre otras cosas, el modelo de acuerdo, Recomendación del Consejo de 30 de noviembre de 1994, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* (1996) C 274, pág. 20; y el Acuerdo entre Italia y Albania de 18 de noviembre de 1997, 81 *R.D.L.* (1998) 1226). “En general, se acepta que el Estado de la nacionalidad está obligado a recibir al extranjero, aunque tanto Francia como Alemania han celebrado varios tratados bilaterales por los que se regula expresamente el retorno de los expulsados. ... En Francia, se conocen como ‘conventions de prise en charge de personnes à la frontière: Batiffol y Lagarde, op. cit., pág. 198; en la República Federal, reciben el nombre de ‘Übernahme-’ o ‘Schubabkommen’; *AuslG.* artículo 22; Schiedemair, op. cit., págs. 178 y 227 y ss.”. Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 255 y nota 3.

“Los Estados disponen de atribuciones suficientes para aplicar sus políticas de inmigración y exigir la salida de quienes se hallen ilegalmente en el país. Sin embargo, esas facultades no son ilimitadas y no pueden ejercerse de manera arbitraria. Conforme a su derecho, el Estado puede exigir la salida de personas que permanezcan en su territorio más allá de lo que autoriza el correspondiente permiso. No debe tratarse como a delincuentes a los inmigrantes y solicitantes de asilo, ni siquiera a aquellos que se hallen ilegalmente en el país y cuyas pretensiones las autoridades no consideren válidas.”<sup>1746</sup>

## b) Limitaciones contemporáneas

746. Parece que las limitaciones contemporáneas que pueden afectar a la expulsión de extranjeros, como el principio de no discriminación y el principio de legalidad, se aplican también a la expulsión de extranjeros ilegales. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha indicado que el principio de no discriminación por motivos religiosos y el principio de legalidad se aplican a la determinación de los motivos para expulsar a los extranjeros ilegales:

“Un extranjero sin permiso de residencia válido puede ser expulsado del territorio de un Estado miembro sólo por motivos jurídicos concretos que no sean de carácter político ni religioso.”<sup>1747</sup>

Los motivos que justifican la expulsión serán establecidos por la ley en forma limitativa.”<sup>1748</sup>

747. En el asunto *Mary Carpenter v. Secretary of State for the Home Department*, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas reconoció que la expulsión de un extranjero cuya entrada o presencia en el país fuera ilegal debía estar “prevista por la ley”<sup>1749</sup>.

## 2. Motivos y otras consideraciones relativas a la decisión de expulsión

### a) Motivos

748. El requisito de un motivo válido para la expulsión de extranjeros se aplicaría a los extranjeros ilegales. En el asunto *Mary Carpenter c. Secretary of State for the Home Department*, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas reconoció que la expulsión de un extranjero cuya presencia en el país era ilegal debía estar “motivada por una o más finalidades legítimas”<sup>1750</sup>. Como ya se ha señalado, la entrada o la presencia ilegales en el territorio de un Estado pueden constituir un motivo válido para la expulsión de un extranjero<sup>1751</sup>.

749. Como se dijo más arriba, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa indicó que los extranjeros ilegales no pueden ser expulsados por motivos políticos<sup>1752</sup>.

<sup>1746</sup> Los derechos de los no ciudadanos, nota 460 *supra*, párr. 29 (se omiten las citas).

<sup>1747</sup> Consejo de Europa, véase nota 607 *supra*, párr. 9.

<sup>1748</sup> *Ibid.*, párr. 10.

<sup>1749</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Mary Carpenter c. Secretary of State for the Home Department*, asunto C-60/00, sentencia de 11 de julio de 2002, párr. 42 (citado *infra*).

<sup>1750</sup> *Ibid.* (párr. citado *infra*).

<sup>1751</sup> Véase la parte VII.A.6 a) y b).

<sup>1752</sup> Consejo de Europa, nota 607 *supra*, párr. 9.

**b) Consideraciones de derechos humanos**

750. Las consideraciones de derechos humanos que pueden afectar a la expulsión de extranjeros pueden también aplicarse en cierta medida a los extranjeros ilegales. El derecho internacional relativo a los derechos humanos dispone normalmente la protección de todas las personas que están sujetas a la jurisdicción del Estado y, por tanto, también de los extranjeros ilegales. La mayoría de las normas enunciadas en los tratados de derechos humanos se aplicarían a los extranjeros ilegales en cuanto seres humanos, independientemente de la naturaleza ilícita de su presencia en el territorio del Estado<sup>1753</sup>. Los extranjeros ilegales estarían en una situación análoga a la que se contempla en las normas formuladas por la Asamblea General en su Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, anexa a la resolución 40/144<sup>1754</sup>.

<sup>1753</sup> Véase, en particular, el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin excepción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”); el artículo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (“Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio.”); y el párrafo 1 del artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”). El Comité de Derechos Humanos ha formulado las siguientes observaciones en relación con el ámbito de aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “En virtud del párrafo 1 del artículo 2, los Estados Partes deben respetar y garantizar los derechos reconocidos en el Pacto a todas las personas que se encuentran en su territorio y a todas las que estén sujetas a su jurisdicción. Esto significa que un Estado Parte debe respetar y garantizar los derechos enunciados en el Pacto a toda persona que esté bajo la autoridad o el control efectivo del Estado Parte aunque no se encuentre en el territorio del Estado Parte. Como se señala en la observación general No. 15, aprobada en el 27º período de sesiones (1986), el disfrute de los derechos reconocidos por el Pacto no está limitado a los ciudadanos de los Estados Partes, sino que también debe estar al alcance de todos los individuos, independientemente de su nacionalidad o de su condición de apátridas, entre ellos los solicitantes de asilo, los refugiados, los trabajadores migrantes y demás personas que estén en el territorio o bajo la jurisdicción del Estado Parte. [...]” (Comité de Derechos Humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), Observación general No. 31: La naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, 29 de marzo de 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13. (Observaciones generales), párr. 10.) Puede señalarse asimismo la posición adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto del ámbito de aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, expuesta en su artículo 1. En la causa *Bankovic*, el Tribunal sostuvo que el Convenio era aplicable a todos los individuos que se encontraban en el territorio del Estado, incluso si no residían en él “en un sentido legal” (*Bankovic and others v. Belgium and other 16 Contracting States*, decisión de 12 de diciembre de 2001, demanda 52207/99, párr. 63).

<sup>1754</sup> Los únicos derechos que, según esta Declaración, tienen sólo los extranjeros que se encuentran legalmente en el territorio del Estado son las garantías de procedimiento aplicables concretamente a la expulsión según lo previsto en el artículo 7 —que son idénticas a las contempladas en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“Un extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional lo impidan, se le permitirá que presente sus razones para oponerse a que lo expulsen y que someta su caso a examen de la autoridad competente o de una persona o personas especialmente designadas por la autoridad competente, así como que esté representada

751. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tuvo en cuenta consideraciones de derechos humanos al determinar la legalidad de la expulsión de un extranjero cuya presencia ininterrumpida en el Estado era ilegal. En el asunto *Mary Carpenter v. Secretary of State for the Home Department*, el Tribunal sostuvo que la deportación de la Sra. Carpenter vulneraba el derecho de su marido al respeto de su vida familiar de conformidad con el párrafo 1 del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal reconoció que la Sra. Carpenter había violado las leyes de inmigración del Reino Unido al permanecer en el territorio de ese país, pero estimó que su deportación no era “necesaria en una sociedad democrática”, pues la conducta de la Sra. Carpenter no representaba en modo alguno una amenaza para el orden público o la seguridad pública.

“39. Pues bien, consta que la separación de los esposos Carpenter causaría un daño a su vida familiar y, por tanto, a las condiciones de ejercicio de una libertad fundamental por el Sr. Carpenter. En efecto, esta libertad no puede producir un efecto pleno si los obstáculos que se ponen, en su país de origen, a la entrada y residencia de su cónyuge impiden al Sr. Carpenter su ejercicio [...].

40. A este respecto, procede destacar que un Estado miembro sólo puede invocar motivos de interés general para justificar una medida nacional que puede obstaculizar el ejercicio de la libre prestación de servicios cuando dicha medida es conforme con los derechos fundamentales cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia [...].

41. La decisión de expulsión de la Sra. Carpenter constituye una injerencia en el ejercicio por el Sr. Carpenter de su derecho al respeto de su vida familiar, en el sentido del artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, ‘Convenio’), que forma parte de los derechos fundamentales que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, reafirmada, además, en el preámbulo del Acta Única Europea y en el artículo 6, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea, están protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario.

42. Aunque el Convenio no garantiza como tal ningún derecho en favor de un extranjero a entrar o residir en el territorio de un país determinado,

---

a esos efectos ante dicha autoridad, persona o personas. Queda prohibida la expulsión individual o colectiva de esos extranjeros por motivos de raza, color, religión, cultura, linaje u origen nacional o étnico”) y los derechos enumerados en el artículo 8 (“1. Los extranjeros que residan legalmente en el territorio de un Estado gozarán también, con arreglo a las leyes nacionales, de los siguientes derechos, con sujeción a sus obligaciones establecidas en el artículo 4: a) el derecho a condiciones de trabajo saludables y libres de peligros, a salarios justos y a igual remuneración por trabajos de igual valor sin distinciones de ningún género, garantizándose particularmente a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a aquéllas de que disfrutaban los hombres, con igual salario por igual trabajo; b) el derecho a afiliarse a sindicatos y a otras organizaciones o asociaciones de su elección, así como a participar en sus actividades. No podrán imponerse restricciones al ejercicio de este derecho, salvo las que prescribe la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades de los demás; c) el derecho a protección sanitaria, atención médica, seguridad social, servicios sociales, educación, descanso y esparcimiento, a condición de que reúnan los requisitos de participación previstos en las reglamentaciones pertinentes y de que no se imponga una carga excesiva sobre los recursos del Estado. 2. Con el fin de proteger los derechos de los extranjeros que desempeñen actividades lícitas y remuneradas en el país en que se encuentran, tales derechos podrán ser especificados por los gobiernos interesados en convenciones multilaterales o bilaterales”).

excluir a una persona de un país en el que viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar protegido por el artículo 8, apartado 1, del Convenio. Tal injerencia infringe el Convenio si no cumple los requisitos del apartado 2 del mismo artículo, a saber, que esté ‘prevista por la ley’ y motivada por una o más finalidades legítimas con arreglo a dicho apartado, y que, ‘en una sociedad democrática’ sea necesaria, es decir, que esté justificada por una necesidad social imperiosa y sea, en especial, proporcionada a la finalidad legítima perseguida (véase, en particular, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia *Boultif c. Suiza* de 2 de agosto de 2001, Recueil des arrêts et décisions 2001-IX, § 39, 41 y 46).

43. Una decisión de expulsión de la Sra. Carpenter adoptada en circunstancias como las del litigio principal no respeta un justo equilibrio entre los intereses en conflicto, a saber, por una parte, el derecho del Sr. Carpenter al respeto de su vida familiar y, por otra, la defensa del orden público y la seguridad pública.

44. Si bien, en el asunto principal, la esposa del Sr. Carpenter infringió las leyes del Reino Unido sobre inmigración al no abandonar el territorio nacional tras la expiración de su permiso de residencia en calidad de visitante, su conducta, desde su llegada al Reino Unido en septiembre de 1994, no ha sido objeto de ningún otro reproche que pueda hacer temer que constituya un peligro para el orden público y la seguridad pública en el futuro. Además, consta que el matrimonio de los esposos Carpenter, celebrado en el Reino Unido en 1996, es un matrimonio auténtico y que la Sra. Carpenter tiene allí una vida familiar efectiva, ocupándose, en particular, de los hijos de su cónyuge nacidos en una primera unión.

45. Ante esta situación, la decisión de expulsión de la Sra. Carpenter constituye una injerencia no proporcionada a la finalidad perseguida.

46. Habida cuenta de lo anterior, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 49 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, a la luz del derecho fundamental al respeto de la vida familiar, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, en una situación como la del asunto principal, el Estado miembro de origen de un prestador de servicios establecido en ese mismo Estado, que presta servicios a destinatarios establecidos en otros Estados miembros, deniegue la residencia en su territorio al cónyuge, nacional de un país tercero, de dicho prestador.”<sup>1755</sup>

### 3. Requisitos de procedimiento

752. Como se señaló anteriormente, el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé garantías de procedimiento sólo cuando se trata de la expulsión de extranjeros que residen legalmente en el territorio de un Estado.<sup>1756</sup> Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos ha considerado que las garantías deberían también aplicarse a una decisión relativa a la legalidad de la entrada o estancia de un extranjero en el territorio del Estado:

“[...] Los derechos establecidos en el artículo 13 [del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos] sólo protegen a los extranjeros que se encuentran lícitamente en el territorio de un Estado Parte. Ello significa que para determinar el carácter de esa protección debe tenerse en cuenta el derecho

<sup>1755</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, nota 1749 *supra*.

<sup>1756</sup> Véase la parte VIII.

nacional relativo a las exigencias en materia de entrada y estancia y que, en particular, quienes hayan entrado ilícitamente y los extranjeros que hayan permanecido más tiempo del permitido por la ley o indicado en el permiso que se les haya extendido, no están amparados por sus disposiciones. No obstante, si la cuestión controvertida es la licitud de su entrada o permanencia, toda decisión a este respecto que desemboque en su expulsión o deportación debe adoptarse con arreglo a lo previsto en el artículo 13. [...]”<sup>1757</sup>

753. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sostuvo que el derecho a un recurso legal también debe concederse a los inmigrantes ilegales en caso de su expulsión:

“La Comisión no desea cuestionar ni está poniendo en tela de juicio el derecho de un Estado a tomar medidas jurídicas contra los inmigrantes ilegales y deportarlos a su país de origen, si los tribunales competentes así lo deciden. Sin embargo, opina que es inaceptable deportar individuos sin darles la posibilidad de defenderse ante los tribunales nacionales competentes, pues ello es contrario al espíritu y la letra de la Carta y al derecho internacional.”<sup>1758</sup>

#### 4. Partida

754. Con respecto a la forma en que se ejecuta la expulsión de un extranjero ilegal, cabe señalar que los Estados deben respetar los derechos fundamentales del individuo y prohibir la tortura o los tratos inhumanos. A este respecto, la Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, ha destacado que:

“[...] la expulsión, deportación o repatriación de los migrantes irregulares debe hacerse en respeto y dignidad de los mismos.”<sup>1759</sup>

#### 5. Exclusión de algunas disposiciones de tratados

755. También cabe observar que varios tratados prevén garantías concretas en relación con la expulsión de extranjeros que sólo se aplican a los extranjeros que se encuentran legalmente en el territorio de un Estado. Tal es el caso de las disposiciones relativas a extranjeros en general<sup>1760</sup>, así como las disposiciones relativas a categorías concretas de extranjeros, como los trabajadores migrantes<sup>1761</sup>, los refugiados<sup>1762</sup> o los apátridas<sup>1763</sup>.

<sup>1757</sup> Comité de Derechos Humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), Observación general No. 15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 11 de abril de 1986, párr. 9.

<sup>1758</sup> Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, nota 368 *supra*, párr. 20.

<sup>1759</sup> Comisión de Derechos Humanos, Trabajadores migrantes, informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2004/53 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2005/85, 27 de diciembre de 2004, párr. 75.

<sup>1760</sup> Véase, en particular, el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el párrafo 6 del artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el párrafo 4 del artículo 12 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; el artículo 3 del Convenio Europeo de Establecimiento; y el párrafo 1 del artículo 1 del Protocolo No. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

<sup>1761</sup> Véase el artículo 56 de la Convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, reproducido en la parte X.C.1 b).

<sup>1762</sup> Véase el artículo 32 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (véase la parte X.E).

<sup>1763</sup> Véase el artículo 31 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (véase la parte X.F).

## B. Extranjeros residentes

### 1. Consideraciones generales

756. Los residentes extranjeros que tengan derecho a residir en el Estado o que hayan residido de hecho en el Estado durante un período considerable de tiempo pueden tener derecho a un tratamiento especial con respecto a la expulsión en el contexto del derecho de los tratados y la jurisprudencia internacional. La situación de los extranjeros residentes respecto de la expulsión con arreglo al derecho nacional y la jurisprudencia nacional no es coherente.

757. En el caso *Rankin c. República Islámica del Irán*, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, consideró el caso de la expulsión de extranjeros con derecho a residir en el territorio del Estado en virtud de un tratado aplicable y determinó lo siguiente:

“La aplicación de esta política podría, en principio, violar las limitaciones de procedimiento y de fondo del derecho de un Estado a expulsar extranjeros de su territorio, de conformidad con las disposiciones del Tratado de Amistad y el derecho consuetudinario internacional. [...] Por ejemplo, si se expulsa a un extranjero que tenía derecho a residencia en el Irán ...”<sup>1764</sup>

758. La legislación pertinente de la Unión Europea presta especial atención a la expulsión de los extranjeros residentes. Con respecto a la expulsión de los ciudadanos de la Unión Europea, el artículo 28 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, menciona la duración de la residencia en el país de acogida como un factor relevante que debe tenerse en cuenta:

“1. Antes de tomar una decisión de expulsión del territorio por razones de orden público o seguridad pública, el Estado miembro de acogida deberá tener en cuenta en particular, *la duración de la residencia del interesado en su territorio*, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en el Estado miembro de acogida y la importancia de los vínculos con su país de origen ...” [Sin cursiva en el original.]

759. Los nacionales de terceros países que sean residentes de larga duración también reciben protección especial contra la expulsión de conformidad con la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003<sup>1765</sup>.

760. Las leyes nacionales de los Estados pueden<sup>1766</sup> o no<sup>1767</sup> dar tratamiento especial a los extranjeros residentes o aplicar las disposiciones sustantivas

<sup>1764</sup> *Rankin v. The Islamic Republic of Iran*, nota 136 *supra*, pág. 147, párr. 30 y nota 20.

<sup>1765</sup> Unión Europea, Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, *Diario Oficial L 16*, párrs. 44 a 53. Conforme a los artículos 2 y 4 de dicha Directiva, el nacional de un tercer país puede adquirir el estatuto de residente de larga duración después de cinco años de residencia legal e ininterrumpida.

<sup>1766</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 62; Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 47 3); Canadá, Ley de 2001, artículo 41; Francia, Código, artículo L541-1; España, Ley de 2000, artículo 57 5) b); Suecia, Ley de 1989, capítulo 2, artículo 10, y capítulo 4, artículo 10; Reino Unido, Ley de 1971, artículo 7 2); y Estados Unidos, INA, artículos 210 a) 3), 212 a) 9) B).

<sup>1767</sup> República Checa, Ley de 1999, artículo 79.



exclusivamente a ellos<sup>1768</sup>. Además, un Estado puede anular una orden de deportación si ésta no se aplica antes de que el extranjero obtenga un permiso de residencia permanente<sup>1769</sup>.

761. Existe una incoherencia análoga en la jurisprudencia nacional de los Estados. Aunque en algunos casos se han impuesto limitaciones al derecho a expulsar extranjeros residentes<sup>1770</sup>, el derecho del Estado territorial a expulsar a esos extranjeros también se ha afirmado en otros supuestos<sup>1771</sup>. En 1952, el Tribunal

<sup>1768</sup> Belarús, Ley de 1998, artículo 15; Finlandia, Ley de 2004, artículos 143 y 168; República de Corea, Ley de 1992, artículo 46 2); Suecia, Ley de 1989, capítulo 2, artículo 12, y capítulo 2, artículo 14; y Estados Unidos, INA, artículos 101 a) 13) C), 240A a) y b).

<sup>1769</sup> Canadá, Ley de 2001, artículo 51.

<sup>1770</sup> *In re Rojas et al.*, Corte Suprema de Costa Rica, 26 de julio de 1938, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1938 a 1940. H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 140, págs. 389 y 390 (“Las leyes que restringen la inmigración no pueden aplicarse a extranjeros que, habiendo residido en el país durante un tiempo considerable puedan considerarse habitantes de la República y, por consiguiente, gocen de los derechos garantizados en la Constitución. Cuando el inmigrante no es rechazado en el momento del desembarco o el cruce de la frontera, o en un plazo de tiempo razonable ... no es posible aplicarle las leyes de inmigración sin vulnerar los preceptos fundamentales que son las garantías del residente extranjero en Costa Rica.”); *Banda v. Belgian State (Minister of Justice)*, Bélgica, Consejo de Estado, 22 de mayo de 1959, *International Law Reports*, vol. 43, 1971, E. Lauterpacht (ed.), págs. 229 a 231 (“Conforme a lo dispuesto en el artículo 4, C, de la Ley de 28 de marzo de 1952, el Ministro de Justicia tiene la obligación de consultar al Comité Asesor sobre Extranjeros sólo antes de la expulsión de un extranjero que esté en posesión de un permiso que le autorice a establecer su domicilio en el país. El demandante que hubiera perdido el beneficio de este permiso a causa de una prolongada ausencia del Reino podría ser obligado a abandonar el país por el Ministerio de Justicia sin consulta previa con el Comité Asesor, sin perjuicio del ulterior reconocimiento de su estatuto de refugiado”).

<sup>1771</sup> *Banda v. Belgian State (Minister of Justice)*, Bélgica, Consejo de Estado, 22 de mayo de 1959, *Internacional Law Reports*, vol. 43, 1971, E. Lauterpacht (ed.), págs. 229 a 231 (“Con arreglo al artículo 4 de la Ley de 28 de marzo de 1952, el Rey puede expulsar a un extranjero que haya obtenido un permiso que lo autorice a establecer su domicilio en el Reino cuando considere su presencia peligrosa o nociva para el orden público o la seguridad del país”); *Salehoy v. The Controller of Immigration*, Birmania, Tribunal Superior, 24 de enero de 1963, *Internacional Law Reports*, vol. 36, E. Lauterpacht (ed.), págs. 345 a 350 (“Para apoyar su argumento, el Sr. Basu es incapaz de remitirnos a ninguna disposición jurídica que diga claramente que una persona que se encuentra en el caso de su cliente, es decir, que haya residido en Birmania en forma ininterrumpida por determinado período de tiempo antes de determinada fecha, tenga derecho a residir permanentemente en el país, y que el Gobierno no pueda de modo alguno expulsarlo.”); *In re Barahona*, Tribunal Supremo de Costa Rica, 10 de agosto de 1939, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1938-1940, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 138, págs. 386 a 388 (“Dado que el artículo 5 de dicha Convención dispone que los Estados pueden, por razones de orden público o seguridad pública, expulsar incluso a un extranjero domiciliado en el país sin ninguna restricción, no es posible subordinar la facultad irrestricta consagrada en ese instrumento a las limitaciones del decreto anterior. Tampoco puede aplicarse en ningún caso una limitación de los derechos más amplios de juicio y acción que la ley garantiza al poder ejecutivo en la esfera internacional. La doctrina del derecho público aplica estrictamente el principio de que los extranjeros están obligados a respetar el orden judicial del país en el que vivan”). Sin embargo, véase *Gianotis v. Minister of Justice*, Bélgica, Consejo de Estado, 21 de marzo de 1952, *Internacional Law Reports*, 1952, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 70, págs. 350 a 352 (“Por consiguiente, en virtud de la Ley de 28 de septiembre de 1939, no podrá dictarse ni ejecutarse ninguna orden de expulsión contra un extranjero que, como ocurre en el presente caso, sea nacional de un país que mantenga relaciones pacíficas con Bélgica, haya residido en Bélgica durante más de cinco años y siga residiendo allí con carácter permanente.”); *In re Everardo Diaz*, Brasil, Supremo Tribunal Federal, 8 de noviembre de 1919, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1919 a 1922, Sir John Fisher Williams y H. Lauterpacht (eds.), Causa No. 179, págs. 254 a 257 (“Excepto cuando haya una ley que disponga lo contrario, el tiempo de residencia, aunque sea largo, no impide la aplicación de este derecho

Supremo de los Estados Unidos reafirmó las atribuciones para expulsar extranjeros residentes a pesar de las graves consecuencias para los interesados. El Tribunal sostuvo:

“Que los extranjeros sigan siendo vulnerables a la expulsión después de una larga residencia en el país es una práctica muy severa, pero es un arma de defensa y represalia confirmada por el derecho internacional como atribución inherente a todo Estado soberano. ... Tal es la facultad tradicional de la Nación con respecto a los extranjeros y este Tribunal no alterará ese estado de cosas.”<sup>1772</sup>

## 2. Motivos y otras consideraciones relativas a la decisión de expulsión

### a) Motivos

762. Cuando se trata de determinar la existencia de motivos para su expulsión, los residentes extranjeros pueden recibir un trato especial desde dos puntos de vista. Primero, los motivos para la expulsión de extranjeros residentes pueden ser limitados. Segundo, puede ser necesario tener en cuenta factores especiales relacionados con los extranjeros residentes para determinar la existencia de motivos de expulsión.

763. El artículo 3 del Convenio Europeo de Establecimiento estipula requisitos estrictos para determinar los motivos de expulsión de un nacional de una Parte Contratante que haya residido lícitamente durante más de 10 años en el territorio de otra Parte Contratante. Dicha persona sólo puede ser expulsada por motivos de seguridad nacional o de orden público o moral “de naturaleza particularmente grave”. Los párrafos 1 y 3 del artículo 3 disponen lo siguiente:

“1. Los nacionales de una Parte Contratante que residan lícitamente en el territorio de otra Parte sólo podrán ser expulsados si ponen en peligro la seguridad nacional u ofenden el orden público o la moralidad.

[...]

3. Los nacionales de una Parte Contratante que hayan residido lícitamente durante más de 10 años en el territorio de cualquier otra Parte sólo podrán ser expulsados por motivos de seguridad nacional o si los demás motivos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo son de naturaleza particularmente grave.”

de expulsión”). Sin embargo véase *Re Sosa*, Argentina, Corte Suprema, 23 de marzo de 1956, *International Law Reports*, 1956, H. Lauterpacht (ed.), págs. 395 a 397 (“En conclusión, Sosa debe ser considerado un residente de este país con derecho a la garantía de residencia permanente de conformidad con las disposiciones del artículo 26 de la Constitución Nacional. Tanto la denegación de esta solicitud de residencia permanente como la subsiguiente renovación de los procedimientos de deportación contravienen la ley. El fallo recurrido se revoca y se concede el hábeas corpus.”); *Homeless Alien (Germany) Case*, nota 702 *supra*, (“Sin embargo, la expulsión que no esté basada en motivos de seguridad nacional y orden público, de conformidad con el artículo 32 1), sin embargo, ya no es posible cuando el refugiado haya vivido legalmente en el país durante varios años”).

<sup>1772</sup> *Harisiades v. Shaughnessy*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 10 de marzo de 1952, *International Law Reports*, 1952, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 69, págs. 345 a 350 (se omiten las citas). Véase también *Demore v. Kim*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 538 U.S. 510, 123 S.Ct. 1708, 155 L.Ed.2d 724, 29 de abril de 2003 [No. 01-1491] (revocación del fallo del Tribunal de Apelaciones de la Sección Novena que concede el recurso de hábeas corpus a un detenido que espera su deportación de los Estados Unidos porque no se ha determinado su peligrosidad y tiene el estatuto de residente extranjero).

764. En la sección I b) del Protocolo del Convenio Europeo de Establecimiento se proporcionan directrices para determinar si las razones de la expulsión de los extranjeros residentes son de “naturaleza particularmente grave”. El Protocolo indica que deberá tomarse en cuenta la conducta de la persona durante todo el período de residencia para determinar si tales motivos existen. La sección I b) dice lo siguiente:

“Cada Parte Contratante determinará si los motivos para la expulsión son de ‘naturaleza particularmente grave’. Para tal fin, tendrá en cuenta la conducta de la persona durante todo el período de residencia.”

765. Además, en la sección III c) del mismo Protocolo se estipula que los Estados Partes deben tener en cuenta el período de residencia de la persona al adoptar una medida de expulsión:

“[...] Las Partes Contratantes, al ejercer su derecho de expulsión, obrarán con consideración, teniendo en cuenta las relaciones particulares entre los miembros del Consejo de Europa. En particular, tendrán debidamente en cuenta los vínculos familiares y el período de residencia en su territorio del interesado.”

766. El Convenio de aplicación de los artículos 55 y 56 del Tratado por el que se establece la Unión Económica del Benelux también restringe los posibles motivos para la expulsión de extranjeros residentes que hayan permanecido durante tres años en el Estado que expulsa. El artículo 5 dispone lo siguiente:

“Los nacionales de una Parte Contratante que hayan permanecido durante tres años en el territorio de otra Parte Contratante sólo podrán ser expulsados si constituyen una amenaza para la seguridad nacional o si, habiendo sido condenados en virtud de sentencia firme por un crimen o delito particularmente grave, constituyen una amenaza para la seguridad de ese país.”<sup>1773</sup>

767. La Unión Europea prevé consideraciones especiales con respecto a la expulsión de ciudadanos de la Unión que sean residentes de larga duración. En el artículo 28 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, se concede protección especial a los ciudadanos de la Unión que tengan derecho de residencia permanente en el territorio del Estado, y sólo se permite su expulsión por “motivos graves de orden público o seguridad pública”. Además, los extranjeros que hayan residido en el país durante los diez años anteriores sólo pueden ser expulsados por “motivos imperiosos de seguridad pública”: “El párrafo 2 y el apartado a) del párrafo 3 del artículo 28 disponen lo siguiente:

“2. El Estado Miembro de acogida no podrá tomar una decisión de expulsión del territorio contra un ciudadano de la Unión Europea o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, que haya adquirido un derecho de residencia permanente en su territorio, excepto por motivos graves de orden público o seguridad pública.

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

<sup>1773</sup> Convenio de aplicación de los artículos 55 y 56 del Tratado por el que se establece la Unión Económica del Benelux, Bruselas, 19 de septiembre de 1960, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 480, No. 5471, págs. 424 y ss., en especial pág. 432.

a) haya residido en el Estado miembro de acogida durante los diez años anteriores;”<sup>1774</sup>

768. La Unión Europea también prevé consideraciones especiales con respecto a la expulsión de nacionales de terceros países que sean residentes de larga duración. La Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, estipula que un residente extranjero de larga duración sólo podrá ser expulsado “cuando representa una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública”. La expulsión de esos extranjeros por razones económicas se excluye expresamente. El artículo 12 de la Directiva dice lo siguiente:

“1. Los Estados miembros únicamente podrán tomar una decisión de expulsión contra un residente de larga duración cuando represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública.

2. La decisión a que se refiere el apartado 1 no podrá justificarse por razones de orden económico. [...]”<sup>1775</sup>

769. La Unión Europea también exige que se tengan en cuenta factores especiales al decidir si hay motivos para expulsar a nacionales de terceros países que sean residentes de larga duración. La Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, exige que en tales casos se tengan en cuenta los siguientes factores: 1) la duración de la residencia del extranjero; 2) la edad del extranjero; 3) las consecuencias de la expulsión para el extranjero y los miembros de su familia, y 4) los respectivos vínculos del extranjero con los Estados en cuestión. El párrafo 3 del artículo 12 dispone lo siguiente:

“3. Antes de adoptar una decisión de expulsión de un residente de larga duración, los Estados miembros deberán tomar en consideración los elementos siguientes:

a) la duración de la residencia en el territorio;

<sup>1774</sup> Véase también el párrafo 24 del preámbulo de la misma Directiva, que dice: “En consecuencia, cuanto mayor sea la integración de los ciudadanos de la Unión Europea y de los miembros de su familia en el Estado miembro de acogida, tanto mayor debería ser la protección contra la expulsión. Únicamente en circunstancias excepcionales, cuando concurren razones de seguridad pública de carácter imperativo, debería adoptarse una medida de expulsión contra ciudadanos de la Unión que hayan residido durante varios años en el territorio del Estado miembro de acogida, en particular cuando hayan nacido y residido allí durante toda su vida. [...]”

<sup>1775</sup> Unión Europea, Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, *Diario Oficial L 16*, págs. 44 a 53. Según los artículos 2 y 4 de esa Directiva, un nacional de un tercer país puede adquirir el estatuto de residente de larga duración después de cinco años de residencia legal e ininterrumpida en el territorio. Véase también la resolución del Consejo de 4 de marzo de 1996 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países que son residentes de larga duración en el territorio de los Estados miembros, *Diario Oficial C/80*, 18 de marzo de 1996, págs. 2 a 4: “VI. La autorización de estancia concedida a un residente de larga duración debería poder ser anulada, o no renovada, por cualquiera de los siguientes motivos: – el hecho de que el residente de larga duración haya sido objeto de una medida de expulsión, según lo dispuesto por la normativa del Estado miembro de que se trate. *Se sobreentiende que el residente de larga duración gozará, en cuanto a la adopción contra él de una medida de expulsión, de la máxima protección jurídica establecida en la legislación del citado Estado miembro, con arreglo a los procedimientos que garantizan que la duración de su estancia legal se tendrá debidamente en cuenta.* En el supuesto de que la medida de expulsión haya sido adoptada por razones de orden público, éstas deberían basarse en un comportamiento personal del residente de larga duración que suponga una amenaza lo suficientemente grave para el orden público o la seguridad nacional; [...] – Si se ha probado que la autorización de estancia se obtuvo de forma fraudulenta”. [Sin cursiva en el original.]

- b) la edad de la persona implicada;
- c) las consecuencias para él y los miembros de su familia;
- d) los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen.”<sup>1776</sup>

770. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha calificado la expulsión de residentes de larga duración de desproporcionada y discriminatoria. Al respecto, la recomendación 1504 (2001) dice lo siguiente:

“3. La aplicación de medidas de expulsión contra ellos parece desproporcionada y discriminatoria: desproporcionada porque tiene consecuencias para toda la vida de la persona afectada, ya que a menudo supone la separación de su familia y el desarraigo forzoso, y discriminatoria porque el Estado no puede utilizar este procedimiento contra los nacionales que hayan vulnerado la ley.

[...]

5. La Asamblea observa con preocupación que las normas jurídicas sobre expulsión sin plazo para su ejecución se están aplicando indebidamente y lamenta que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no haya adoptado una posición clara sobre la expulsión de los inmigrantes de larga duración. Esto los priva de la certidumbre jurídica a la cual tienen derecho en un Estado donde impera la ley.

[...]

La Asamblea recomienda que el Comité de Ministros:

- i) Invite a los gobiernos de los Estados miembros a:
  - a) Reconocer que la expulsión de un inmigrante de larga duración es una sanción desproporcionada y discriminatoria;
  - b) Reconocer que la amenaza de expulsión constituye un obstáculo para la integración de los inmigrantes de larga duración ...”

771. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha indicado también que en ningún caso debe expulsarse a un extranjero que haya nacido o se haya criado en el país de acogida, ni a menores de edad. La Asamblea Parlamentaria ha recomendado que el Comité de Ministros invite a los gobiernos de los Estados miembros: “a garantizar que los inmigrantes nacidos o criados en el país de acogida y sus hijos menores de edad no sean expulsados en ninguna circunstancia”. El párrafo 7 de la recomendación 1504 (2001) dice lo siguiente:

“7. En ninguna circunstancia se aplicará una medida de expulsión a una persona nacida o criada en el país de acogida o a menores de edad.”

772. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa también ha indicado que las personas que hayan residido legalmente en un Estado antes de su independencia no deben ser expulsadas. El párrafo 8 de la recomendación 1504 (2001) dice lo siguiente:

<sup>1776</sup> Unión Europea, Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, *Diario Oficial L 16*, págs. 44 a 53. Según los artículos 2 y 4 de esa Directiva, un nacional de un tercer país puede adquirir el estatuto de residente de larga duración después de cinco años de residencia legal e ininterrumpida.

“8. Las personas que hayan residido legalmente en un país antes de la declaración o restitución de la independencia de ese país deben gozar al menos del mismo grado de protección que los inmigrantes de larga duración y, en particular, no deben ser expulsados en ninguna circunstancia.”

773. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha expresado la opinión de que un migrante de larga duración sólo debe ser expulsado en casos muy excepcionales, si “representa un peligro real para el Estado”. El párrafo 10 de la recomendación 1504 (2001) dice lo siguiente:

“10. La Asamblea considera que la medida de expulsión sólo puede aplicarse en casos muy excepcionales y cuando se haya demostrado, teniendo debidamente en cuenta la presunción de inocencia, que la persona afectada representa un peligro real para el Estado.

[...]

La Asamblea recomienda que el Comité de Ministros:

i) Invite a los gobiernos de los Estados miembros a:

[...]

d) Reconocer que la expulsión de personas por motivos de orden público, si su culpabilidad no se ha establecido legalmente, vulnera el principio de presunción de inocencia;

[...]

f) Garantizar que los delitos cometidos por migrantes de larga duración que constituyan una amenaza para el orden público o violen el orden público se definan y sancionen con arreglo al derecho penal del mismo modo que los cometidos por nacionales;

g) Tomar las medidas necesarias para garantizar que en el caso de los migrantes de larga duración la sanción de expulsión sólo se aplique si se ha determinado que son culpables de delitos particularmente graves que afectan a la seguridad del Estado ...”<sup>1777</sup>

774. Además, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha destacado la importancia de un examen detallado de los factores concretos relacionados con los extranjeros residentes para determinar si hay motivos suficientes para la expulsión, incluida la situación humanitaria de los individuos afectados y las consecuencias de la expulsión para ellos y sus familias. En el apartado i) del párrafo 8 de la recomendación 1504 (2001) se recomienda al Comité de Ministros que invite a los gobiernos de los Estados miembros a:

“i) Asegurar que las personas amenazadas de expulsión puedan conseguir un examen detallado de su situación humanitaria para poner de relieve las consecuencias que su posible expulsión tendría para ellos y sus familias y, si procede, adoptar otras medidas ...”<sup>1778</sup>

775. Ya en 1892, el Instituto de Derecho Internacional formuló requisitos especiales para determinar los motivos que podían justificar la expulsión de un extranjero domiciliado en el Estado que expulsa. El Instituto limitó esos motivos a los

<sup>1777</sup> Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, recomendación 1504 (2001): Non-expulsion of long-term immigrants, 14 de marzo de 2001.

<sup>1778</sup> Ibid.

relacionados con “delitos graves contra la seguridad pública”, “el ataque, ya sea en la prensa o por otros medios, a un Estado o soberano extranjero o a las instituciones de un Estado extranjero”, “ataques o insultos publicados en la prensa extranjera contra el Estado”, la amenaza a la seguridad nacional en tiempos de (inminente) guerra y, en determinadas circunstancias, la condena o el enjuiciamiento en el extranjero por delitos graves. El artículo 40 de las Règles internationales sur l’admission et l’expulsion des étrangers dice lo siguiente:

“Los extranjeros domiciliados en el territorio del país pueden ser expulsados exclusivamente con arreglo a las disposiciones de los párrafos 7 a 10 del artículo 28<sup>1779</sup> y al párrafo 6<sup>1780</sup> del mismo artículo, sólo si las sentencias pronunciadas en el extranjero no se han cumplido plenamente o se han condonado, o si la condena de un tribunal extranjero se dictó después del establecimiento en el país.”<sup>1781</sup>

776. Las leyes nacionales pueden especificar los motivos conducentes a la expulsión de un residente extranjero. Por ejemplo, un Estado puede cancelar el permiso de residencia de un extranjero si éste viola determinadas condiciones de la estancia, realiza determinadas actividades delictivas, o constituye una amenaza para el orden público, la seguridad o los intereses nacionales del Estado<sup>1782</sup>.

777. Las leyes nacionales también pueden disponer que se tengan en cuenta consideraciones especiales para decidir la expulsión de un extranjero residente. Por ejemplo, un Estado puede tomar en consideración la duración de la estancia del extranjero en su territorio<sup>1783</sup> o el hecho de que el extranjero proceda de un Estado con el cual el Estado que expulsa tiene un acuerdo o una relación especiales<sup>1784</sup>.

<sup>1779</sup> Estos párrafos se refieren a: “7. Los extranjeros culpables de incitar a la comisión de delitos graves contra la seguridad pública, incluso si dicha incitación no es en sí misma punible con arreglo a las leyes del territorio e incluso si la intención era cometer esos delitos exclusivamente en el extranjero; 8. Los extranjeros que, en el territorio del Estado, sean culpables de atacar o seriamente sospechosos de haber atacado, en la prensa o de algún otro modo, a un Estado o soberano extranjero o a instituciones de un Estado extranjero, siempre que de ser cometidos en el extranjero por sus nacionales y dirigirse contra el propio Estado, tales actos estuvieran castigados con arreglo al derecho del Estado que deporta; 9. Los extranjeros que, durante su estancia en el territorio del Estado, sean culpables de ataques o insultos publicados en la prensa extranjera contra el Estado, la nación o el soberano; 10. Los extranjeros que, en tiempo de guerra o cuando la guerra es inminente, pongan en peligro la seguridad del Estado con su conducta”.

<sup>1780</sup> Este párrafo se refiere a: “Los extranjeros que hayan sido condenados o estén siendo enjuiciados en el extranjero por delitos graves que, según la legislación del país o los acuerdos de extradición concertados por el Estado con otros Estados, puedan dar lugar a su extradición”.

<sup>1781</sup> *Règles internationales*, nota 56 *supra*, artículo 40.

<sup>1782</sup> China, Ley de 2003, artículo 24; República Checa, Ley de 1999, artículo 87 a) 1); Francia, Código, artículos L521-2 3) y 4) y L521-3 1) y 2); y Suecia, Ley de 1989, capítulo 4, artículo 10.

<sup>1783</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 62; Australia, Ley de 1958, artículos 201 b), 204 1) y 2); Austria, Ley de 2005, artículo 3.54 2) a 5); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 48; Dinamarca, Ley de 2003, artículo 22; Francia, Código, artículos L511-4 3) a 5) y 8), L521-2 3) y 4), L521-3 1) y 2) y L541-1; Italia, Decreto Ley de 1996, artículo 7 3); Paraguay, Ley de 1996, artículo 82; Portugal, Decreto Ley de 1998, artículo 109 a) y b); España, Ley de 2000, artículo 57 5) a); Suecia, Ley de 1989, capítulo 4, artículo 10; Reino Unido, Ley de 1971, artículo 7 1) b) y c), 3) y 4); y Estados Unidos, INA, artículos 216A b) 1) A) y 240A b) 1) A), 2) A) ii), d). Compárese con Guatemala, Decreto Ley de 1986, artículo 87, que establece que la presencia de larga duración en el territorio del Estado no afectará la deportación del extranjero.

<sup>1784</sup> Reino Unido, Ley de 1971, artículo 7 1) 3) y 4).

778. En 1961, el Tribunal Administrativo de Apelaciones del Land de Renania del Norte-Westfalia determinó los motivos válidos para la expulsión de extranjeros residentes. El Tribunal declaró lo siguiente:

“En virtud del derecho internacional, un Estado es libre de decidir si desea o no recibir a un nacional extranjero en su territorio. Sin embargo, una vez que lo ha recibido, el nacional extranjero adquiere un estatuto del cual no se lo puede privar sin motivo. El párrafo 3 del artículo 3 del Convenio Europeo de Establecimiento, de 13 de diciembre de 1955, al cual se ha adherido la República Federal por Ley de fecha 30 de septiembre de 1959, dispone —de conformidad con esta norma del derecho internacional— que los nacionales de las Partes Contratantes que hayan tenido su residencia ordinaria en el territorio de uno de los Estados Contratantes durante más de 10 años, sólo pueden ser expulsados por motivos que afecten a la seguridad del Estado o por motivos relacionados con la preservación del orden público o la moral pública. En realidad, en lo que respecta a la República Federal, esta Convención aún no ha entrado en vigor, pero el principio jurídico general de interposición de mayores obstáculos para que los Estados expulsen a los nacionales extranjeros residentes de larga duración se ajusta al principio general del derecho internacional según el cual la expulsión debe justificarse por motivos concretos y de peso. De este modo, la discreción del Estado de residencia para expulsar a los nacionales extranjeros es limitada, incluso si no hay tratados que rijan el derecho de residencia. La norma general, con arreglo al artículo 25 de la Constitución, forma parte de la ley federal y por tanto debe ser respetada por las autoridades de Alemania. Cuando se dicte una orden de prohibición de residencia en el territorio federal contra un extranjero, la autoridad competente debe tener en cuenta el período de tiempo durante el cual la persona afectada ha residido en el territorio. En este sentido, su discreción es limitada.”<sup>1785</sup>

#### b) Consideraciones de derechos humanos

779. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha destacado la importancia de evitar una interferencia desproporcionada en el derecho a la vida familiar cuando se expulsa a extranjeros residentes. La recomendación general XXX dispone lo siguiente:

“evitar la expulsión de los no ciudadanos, especialmente de los residentes de larga data, que pueda tener como resultado una interferencia desproporcionada en el derecho a la vida familiar.”<sup>1786</sup>

### 3. Requisitos de procedimiento

780. Los extranjeros residentes sujetos a expulsión pueden tener derecho a garantías especiales de procedimiento con arreglo al derecho internacional de los tratados o el derecho nacional.

781. El Convenio Europeo de Establecimiento concede a los extranjeros que hayan residido legalmente durante más de dos años en el Estado que expulsa el derecho de apelar ante una autoridad competente. El párrafo 12 del artículo 3 dispone lo siguiente:

<sup>1785</sup> *Expulsion of Foreign National (Germany) Case*, República Federal de Alemania, Tribunal Administrativo de Apelaciones del Land de Renania del Norte-Westfalia, 16 de mayo de 1961, *International Law Reports*, vol. 32, E. Lauterpacht (ed.), págs. 255 a 257.

<sup>1786</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, nota 1164 *supra*, párr. 28.



“Excepto cuando consideraciones imperiosas de seguridad nacional exijan lo contrario, un nacional de cualquier Parte Contratante que haya residido legalmente durante más de dos años en el territorio de cualquier otra Parte no será expulsado sin permitírsele primero exponer los argumentos contra su expulsión, apelar, y estar representado para tal fin ante una autoridad competente o la persona especialmente designada por la autoridad competente.”

782. En la Unión Europea, la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003<sup>1787</sup>, establece garantías de procedimiento para la expulsión del nacional de un tercer país que sea residente de larga duración. Se concederá a esa persona el derecho a un recurso judicial así como asistencia letrada en las mismas condiciones que a los nacionales del Estado que expulsa. La Directiva dispone lo siguiente en el párrafo 16 del preámbulo y en los párrafos 4 y 5 del artículo 12:

“Los residentes de larga duración deben gozar de una protección reforzada contra la expulsión. Esta protección se inspira en los criterios fijados por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La protección contra la expulsión implica que los Estados miembros deben establecer la posibilidad de interponer recursos legales efectivos ante las instancias jurisdiccionales.”

[...]

4. Una vez adoptada la decisión de expulsión, el residente de larga duración tendrá derecho a interponer los recursos jurisdiccionales o administrativos, legalmente previstos en el Estado miembro de que se trate.

5. Los residentes de larga duración que carezcan de recursos suficientes tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita en las mismas condiciones que los nacionales del Estado en que residan.”

783. En su recomendación 1504 (2001), la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa estipuló que debían cumplirse ciertos requisitos de procedimiento para expulsar a los residentes de larga duración. La recomendación hace hincapié en los siguientes requisitos: el establecimiento de plazo para ejecutar las expulsiones; la aplicación a los residentes de larga duración, con carácter no discriminatorio, de los procedimientos legales ordinarios y las sanciones aplicables a los nacionales que han cometido el mismo delito; el respeto del principio de la presunción de inocencia; la prohibición de la doble pena, así como el derecho a un proceso judicial, a asistencia letrada y a apelación con efecto suspensivo. Los artículos 5 y 6 disponen lo siguiente:

“5. La Asamblea observa con preocupación que las normas jurídicas sobre expulsión sin plazo para su ejecución se están aplicando indebidamente y lamenta que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no haya adoptado una posición clara sobre la expulsión de los inmigrantes de larga duración. Esto los priva de la certidumbre jurídica a la cual tienen derecho en un Estado donde impera la ley.

6. La Asamblea opina que la orden irreversible de abandonar el territorio de un país es una pena que no debe seguir imponiéndose sin fijar un plazo.

[...]

<sup>1787</sup> Unión Europea, Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, *Diario Oficial L 16*, págs. 44 a 53. Según los artículos 2 y 4 de esa Directiva, el nacional de un tercer país puede adquirir el estatuto de residente de larga duración después de cinco años de residencia legal e ininterrumpida.

La Asamblea recomienda que el Comité de Ministros:

i) Invite a los gobiernos de los Estados miembros a:

[...]

c) Velar por que los procedimientos jurídicos ordinarios y las penas aplicables a los nacionales se apliquen también a los migrantes de larga duración que hayan cometido el mismo delito;

d) Reconocer que la expulsión de personas por motivos de orden público, si su culpabilidad no se ha establecido legalmente, vulnera el principio de presunción de inocencia;

e) Aceptar que la expulsión de personas después de haber cumplido una pena de prisión es un doble castigo;

f) Garantizar que los delitos cometidos por migrantes de larga duración que constituyan una amenaza para el orden público o violen el orden público se definan y sancionen con arreglo al derecho penal del mismo modo que los cometidos por nacionales;

g) Tomar las medidas necesarias para garantizar que en el caso de los migrantes de larga duración la sanción de expulsión sólo se aplique si se ha determinado que son culpables de delitos particularmente graves que afectan a la seguridad del Estado;

[...]

j) Tomar las medidas necesarias para dar a las personas sujetas a expulsión las siguientes garantías de procedimientos:

– Derecho a un juez;

– Derecho a juicio en presencia de todas las partes;

– Derecho a asistencia letrada;

– Derecho de apelación con efecto suspensivo, debido a las consecuencias irreversibles de la aplicación de la medida de expulsión ...”<sup>1788</sup>

784. Las leyes nacionales pueden aplicar determinados procedimientos exclusivamente a los residentes permanentes<sup>1789</sup>, o prever procedimientos diferentes para los extranjeros residentes<sup>1790</sup>.

785. Los tribunales nacionales también han reconocido que pueden concederse a los extranjeros residentes garantías de procedimiento adicionales contra la expulsión injustificada<sup>1791</sup>.

<sup>1788</sup> Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, recomendación 1504 (2001): Non-expulsion of long-term immigrants, 14 de marzo de 2001.

<sup>1789</sup> Estados Unidos, INA, artículos 505 c) 2) y 506 a) 2). Esas disposiciones pueden aplicarse concretamente a un residente permanente sospechoso de actividades terroristas (Estados Unidos, INA, artículos 505 c) 2) y 506 a) 2)).

<sup>1790</sup> Japón, Orden de 1951, artículo 50 1) a 3); Estados Unidos, INA, artículo 238 b).

<sup>1791</sup> *Re Leiva*, Argentina, Cámara Nacional de Apelaciones de Resistencia, 20 de diciembre de 1957, *International Law Reports*, 1957, H. Lauterpacht (ed.), pág. 490 (“Como sostuvo la Corte Suprema en los casos *Re Hernandez (Fallos de la Corte Suprema*, vol. 173, pág. 179) y *Re Barabas de Zlatnik (Revista Jurídica Argentina La Ley*, vol.12, pág. 623), una vez que un extranjero ha sido admitido en el país, éste debe ser tratado como residente. Además, tiene derecho a presentar el recurso de hábeas corpus, y los tribunales federales son competentes para conocer

#### 4. Partida

##### a) Posibilidad razonable de proteger los bienes e intereses análogos

786. En 1892, el Instituto de Derecho Internacional aprobó el principio según el cual el Estado que expulsa debe dar a los extranjeros domiciliados o residentes en el país la posibilidad razonable de arreglar sus asuntos y proteger sus intereses antes de abandonar el territorio del Estado:

“La deportación de extranjeros domiciliados o residentes o con un establecimiento comercial en el territorio sólo se ejecutará de forma que no traicione la confianza que han depositado en las leyes del Estado. Se les dará la libertad de recurrir, directamente cuando sea posible o por intermedio de un tercero elegido por ellos, a todos los procedimientos legales posibles para arreglar sus asuntos y proteger sus intereses, incluidos sus activos y deudas, en el territorio”.<sup>1792</sup>

##### b) Detención

787. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha estipulado que los extranjeros con residencia legal de larga duración que hayan recibido una orden de expulsión no deben permanecer detenidos hasta su partida. El párrafo 9 de la recomendación 1504 (2001) dice lo siguiente:

de la demanda. Una vez que un extranjero ha adquirido la residencia en un país, ya no está sujeto a la jurisdicción de la Oficina de Inmigración; sin embargo, la Oficina puede instituir procedimientos contra él por violación del artículo 29 de la Ley 13.482”). *Holmes v. Belgian State (Minister of Justice)*, Bélgica, Consejo de Estado, 29 de enero de 1954, *International Law Reports*, 1954, H. Lauterpacht (ed.), págs. 222 a 224 (“El artículo 5 de la Ley concede garantías especiales a los extranjeros denominados privilegiados, y en particular a los extranjeros que han residido ininterrumpidamente en el país durante más de cinco años y que se han casado con mujeres belgas, a saber, el asesoramiento de un comité consultivo especial y, si procede, consideración previa por el pleno del Gabinete. Sin embargo, ambas cosas son requisitos estipulados en ese artículo para poder emitir una orden de expulsión”).); *Kwong Hai Chew v. Colding et al.*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 9 de febrero de 1953, 345 U. S. 229; L.Ed.972; 73 Sup. Ct 603, *International Law Reports*, 1953, H. Lauterpacht (ed.), págs. 343 a 357 (“Está claramente establecido que si un extranjero es un residente permanente legal en los Estados Unidos y permanece físicamente en el país, está protegido por la Quinta Enmienda. Esa persona no podrá ser privada de su vida, libertad o bienes sin las debidas garantías procesales. Aunque luego pueda establecerse, como sostienen los demandantes, que el solicitante puede ser expulsado y deportado, antes de su expulsión tiene derecho a conocer la naturaleza de la acusación y a una audiencia al menos ante un tribunal ejecutivo o administrativo. Aunque el Congreso puede determinar las condiciones de su expulsión y deportación, ni siquiera el Congreso puede expulsar a una persona sin darle una oportunidad equitativa de ser oída”).); *Johnson v. Eisentrager*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 339 U.S. 763, 770-771 (1950). (“Los extranjeros, a los cuales los Estados Unidos tienen tradición de acoger en su territorio, gozan de una variedad generosa y creciente de derechos a medida que aumenta su identificación con nuestra sociedad. La simple presencia legal en el país crea una garantía implícita de salvoconducto y determinados derechos; éstos aumentan y son más seguros cuando se formula la declaración de intención preliminar de adquirir la ciudadanía, y después de la naturalización se equiparan con los de la plena ciudadanía. Durante el período de prueba anterior a la concesión de la residencia, el Tribunal ha aumentado gradualmente el derecho de protección contra la deportación por orden del Ejecutivo excepto después de una audiencia con las debidas garantías ... Y, al menos desde 1886, este Tribunal ha reconocido a la persona y los bienes de los extranjeros residentes importantes garantías constitucionales —como las garantías procesales previstas en la Decimocuarta Enmienda”).)

<sup>1792</sup> *Règles internationales*, nota 56 *supra*, artículo 41.

“9. La Asamblea considera totalmente inaceptable que los inmigrantes legales de larga duración que han sido condenados a expulsión permanezcan en prisión en espera de ser expulsados.”

## **C. Trabajadores migratorios y sus familiares**

### **1. Limitaciones generales**

#### **a) Limitaciones tradicionales**

788. En el Estudio general sobre los trabajadores migrantes elaborado por la Organización Internacional del Trabajo en 1999 se reconoció la prohibición de expulsar arbitrariamente a los trabajadores migrantes:

“Los trabajadores migrantes y los miembros de sus familias no deberían ser expulsados mediante medidas arbitrarias.”<sup>1793</sup>

#### **b) Limitaciones actuales**

789. La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares consagró el principio de legalidad en lo tocante a la expulsión de los trabajadores migratorios y de sus familiares. El párrafo 2 del artículo 22 y el párrafo 1 del artículo 56 disponen lo siguiente:

“Artículo 22

[...]

2. Los trabajadores migratorios y sus familiares sólo podrán ser expulsados del territorio de un Estado Parte en cumplimiento de una decisión adoptada por la autoridad competente conforme a la ley.

[...]

Artículo 56

1. Los trabajadores migratorios y sus familiares a los que se refiere la presente Parte de la Convención [es decir, los que estén documentados o en situación regular] no podrán ser expulsados de un Estado de empleo salvo por razones definidas en la legislación nacional de ese Estado. (...)”

### **2. Motivos y otras consideraciones relativas a la decisión de expulsión**

#### **a) Motivos**

790. Existen disposiciones de tratados y otros instrumentos internacionales que limitan los motivos por los que se puede expulsar a un trabajador migratorio y a sus familiares, determinando cuáles son los motivos admisibles o bien prohibiendo otros. También existen disposiciones de tratados en las que se prevén factores especiales que deben tenerse en cuenta con respecto a la expulsión de trabajadores migratorios, relativos a la duración de su estancia y a su familia.

791. La entrada o la presencia ilegales pueden ser un motivo válido para la expulsión de un trabajador migratorio. La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares

<sup>1793</sup> Organización Internacional del Trabajo, Estudio general sobre los trabajadores migrantes, 1999, párr. 560.

dispone que los trabajadores migratorios y sus familiares que se encuentren en situación irregular no tendrán derecho, en virtud de la Convención, a que se regularice su situación. El artículo 35 dispone lo siguiente:

“Ninguna de las disposiciones de la presente Parte de la Convención se interpretará en el sentido de que implica la regularización de la situación de trabajadores migratorios o de familiares suyos no documentados o en situación irregular o el derecho a que su situación sea así regularizada. [...]”

792. El Convenio europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante restringe considerablemente el derecho de un Estado a obligar a un trabajador migrante a abandonar su territorio retirándole su permiso de residencia. De hecho, sólo se permite al Estado retirar dicho permiso cuando ello sea necesario para proteger el orden público, la seguridad nacional, la moral o la salud pública o cuando no concurra una condición esencial para la validez del permiso. El párrafo 4 del artículo 9 dispone lo siguiente:

“El permiso de residencia, otorgado de conformidad con las disposiciones de los párrafos 1 a 3 de este artículo<sup>1794</sup>, podrá ser retirado:

- a) Por razones de seguridad nacional, orden público o moralidad;
- b) Si el titular se niega, después de haber sido debidamente informado de las consecuencias de tal negativa, a conformarse a las medidas prescritas para él por una autoridad médica oficial, con el objeto de proteger la salud pública;
- c) Si no concurre una condición esencial para su concesión o validez. [...]”

793. La cuestión de seguridad nacional como motivo de expulsión de trabajadores migrantes ha sido tratada en el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (No. 111) y el Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (No. 158) adoptados por la Organización Internacional del Trabajo. Se estableció un Comité para examinar la alegación de Etiopía de que la expulsión de trabajadores de Eritrea de su territorio estaba justificada por motivos de seguridad nacional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 del Convenio No. 111<sup>1795</sup>. El Comité rechazó ese argumento por considerar que Etiopía no había podido presentar pruebas específicas de casos concretos en que las personas afectadas hubieran participado en actividades perjudiciales para la seguridad nacional del país.

<sup>1794</sup> Los párrafos 1 a 3 de esa disposición establecen lo siguiente: “1. Cada Parte Contratante otorgará, si su legislación nacional lo exige, un permiso de residencia a los trabajadores migrantes que hayan sido autorizados a ocupar un empleo remunerado en su territorio, de conformidad con las condiciones previstas en este Convenio. 2. El permiso de residencia se otorgará, según las condiciones previstas en la legislación nacional, y se renovará, si fuera preciso, por una duración igual, por regla general, a la del permiso de trabajo. Cuando no se haya determinado la duración del permiso de trabajo, el permiso de residencia será, en general, otorgado, y si fuera preciso renovado, por un período de al menos un año. Se otorgará y renovará gratuitamente o contra pago, únicamente, de los gastos administrativos. 3. Las disposiciones de este artículo se aplicarán, asimismo, a los miembros de la familia del trabajador migrante autorizados para la reagrupación familiar de conformidad con el artículo 12 de este Convenio”.

<sup>1795</sup> El artículo dispone lo siguiente: “No se consideran como discriminatorias las medidas que afecten a una persona sobre la que recaiga sospecha legítima de que se dedica a una actividad perjudicial a la seguridad del Estado, o acerca de la cual se haya establecido que de hecho se dedica a esta actividad, siempre que dicha persona tenga el derecho a recurrir a un tribunal competente conforme a la práctica nacional”.

“El Comité señala que las protecciones sustantivas y de procedimiento recogidas en los artículos 1 y 4 del Convenio No.111 se aplican a todos los trabajadores, independientemente de su nacionalidad o ciudadanía. El Comité observa que, en ausencia de indicios de que los individuos en cuestión hubieran sido expulsados como consecuencia de sus propias actividades individuales, su expulsión implicaría una presunción de su opinión política en base a su nacionalidad o ascendencia nacional, según el caso, sin que hubiera quedado probado el ejercicio de ninguna actividad perjudicial a la seguridad del Estado. Además, las deportaciones de decenas de miles de personas a semejante escala no pueden considerarse en sí medidas adoptadas en el marco del artículo 4. Aunque el Gobierno ha señalado que su decisión de deportar a los individuos en cuestión se basaba en pruebas concretas de que éstos se dedicaban a actividades perjudiciales a la seguridad del Estado, al Comité no se le proporcionaron pruebas específicas de casos concretos en los que ello hubiera quedado probado. Por lo tanto, el Comité se ve en la obligación de concluir que, según lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 1<sup>1796</sup> del Convenio<sup>1797</sup>, al menos algunas de las deportaciones constituyeron actos de discriminación por motivos de opinión política.”

794. Los instrumentos internacionales pertinentes también establecen limitaciones específicas con respecto a los motivos de expulsión de trabajadores migratorios que se relacionan directamente con la situación particular de esa categoría de extranjero. Dichas limitaciones tienen que ver con motivos relativos a la incapacidad del trabajador migratorio para trabajar, el desempleo, la falta de medios, el incumplimiento de una obligación emanada de un contrato de trabajo o la privación de derechos relativos al permiso de residencia o de trabajo.

795. El Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (No. 97) prohíbe la expulsión de un trabajador migrante que pretenda instalarse de forma permanente en el país de acogida<sup>1798</sup>, y la de sus familiares, por motivos relacionados con la incapacidad del trabajador para ejercer su oficio por enfermedad o accidente sobrevenidos después de su llegada a dicho país. Sin embargo, los Estados partes en el Convenio pueden retrasar la aplicación de esa medida de protección hasta cinco años a partir de la fecha de admisión del trabajador migrante. El artículo 8 dispone lo siguiente:

“1. El trabajador migrante que haya sido admitido a título permanente y los miembros de su familia que hayan sido autorizados a acompañarlo o a reunirse con él no podrán ser enviados a su territorio de origen o al territorio del que emigraron cuando, por motivo de enfermedad o accidente sobrevenidos después de la llegada, el trabajador migrante no pueda ejercer su oficio, a menos que la persona interesada lo desee o que así lo establezca un acuerdo internacional en el que sea parte el Miembro.

<sup>1796</sup> La disposición establece: “A los efectos de este Convenio, el término *discriminación* comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; [...]”.

<sup>1797</sup> Organización Internacional del Trabajo, véase nota 1155 *supra*, párr. 36 (se omiten las citas).

<sup>1798</sup> Véase, a este respecto, Organización Internacional del Trabajo, Estudio general sobre los trabajadores migrantes, 1999, párr. 108: “No obstante, ciertas disposiciones se refieren sólo a los migrantes y a sus familiares que tienen residencia permanente en el país de empleo, en particular el artículo 8 del Convenio No. 97, cuyo objeto es proteger a los trabajadores migrantes y a sus familiares de su expulsión del país de empleo por motivo de discapacidad para el trabajo. [...]”.

2. Cuando los trabajadores migrantes sean admitidos de manera permanente desde su llegada al país de inmigración, la autoridad competente de este país podrá decidir que las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo no surtirán efecto sino después de un período razonable, el cual no será, en ningún caso, mayor de cinco años, contados desde la fecha de la admisión de tales migrantes.”

796. El Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias) (No. 143), relativo a las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes, establece que un Estado parte no podrá considerar en situación ilegal o irregular en su territorio a un trabajador migrante por el hecho mismo de la pérdida de su empleo. Por lo tanto, ese hecho no podrá justificar el retiro del permiso de residencia o de trabajo del trabajador migrante, que le obligaría a abandonar el territorio de ese Estado. El artículo 8 dispone lo siguiente:

“1. A condición de haber residido legalmente en el país con fines de empleo, el trabajador migrante no podrá ser considerado en situación ilegal o irregular por el hecho mismo de la pérdida de su empleo, la cual no deberá entrañar por sí misma el retiro de su permiso de residencia o, llegado el caso, de su permiso de trabajo.

2. Deberá, en consecuencia, beneficiarse de un trato igual al de los nacionales, especialmente en lo que se refiere a las garantías en materia de seguridad en el empleo, obtención de otro empleo, obras para absorber el desempleo y readaptación.”

797. El Convenio europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante dispone que los trabajadores migrantes no podrán ser expulsados por encontrarse en situación de desempleo, al menos durante un período de tiempo. El párrafo 4 del artículo 9 dispone lo siguiente:

“Si el trabajador migrante ya no desempeña un empleo, bien por incapacidad temporal para trabajar a consecuencia de una enfermedad o de un accidente, bien por encontrarse en paro involuntario, debidamente comprobado por las autoridades competentes, estará autorizado, en virtud de las disposiciones del artículo 25 de este Convenio, a permanecer en el territorio del Estado de acogida por un período que no debería ser inferior a cinco meses. Sin embargo, ninguna Parte Contratante estará obligada, en el caso mencionado en el apartado anterior, a autorizar al trabajador migrante a permanecer en su territorio por un período que exceda de la duración del pago del seguro de desempleo.”

798. Además, la Recomendación sobre los trabajadores migrantes (R151), adoptada por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 24 de junio de 1975, dispone que a un trabajador migrante que pierda su empleo debería concedérsele un plazo suficiente para encontrar nuevo empleo:

“Cuando el trabajador migrante pierda su empleo, debería concedérsele, para encontrar nuevo empleo, un plazo suficiente, que corresponda al menos al período en que tenga derecho a las prestaciones de desempleo. El permiso de residencia debería prorrogarse en consecuencia.”<sup>1799</sup>

<sup>1799</sup> Recomendación sobre los trabajadores migrantes (R151), adoptada por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 24 de junio de 1975, párr. 31.

799. La Recomendación sobre los trabajadores migrantes (revisada), 1949 (R86), adoptada por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 1° de julio de 1949, dispone que los Estados Miembros deberían abstenerse de alejar de su territorio a un trabajador migratorio o a los miembros de su familia por motivo de la insuficiencia de recursos del trabajador o de la situación del mercado del empleo, a menos que se haya celebrado un acuerdo a este respecto entre las autoridades competentes de los territorios de emigración e inmigración interesados. El párrafo 18 de la parte VI de dicha Recomendación dispone lo siguiente:

“1) Cuando un trabajador migrante haya sido regularmente admitido en el territorio de un Miembro, dicho Miembro debería abstenerse, en todo lo posible, de alejar de su territorio a este trabajador o a los miembros de su familia por motivo de la insuficiencia de recursos del trabajador o de la situación del mercado del empleo, a menos que se haya celebrado un acuerdo a este respecto entre las autoridades competentes de los territorios de emigración e inmigración interesados.

2) Dicho acuerdo debería prever:

a) Que la duración de la estada del trabajador migrante en el territorio de inmigración será tenida en consideración y que, en principio, ningún trabajador migrante podrá ser expulsado si ha permanecido en el territorio más de cinco años;

b) Que el migrante deberá haber agotado sus derechos a las prestaciones del seguro de desempleo;

c) Que el migrante deberá haber recibido una notificación previa a fin de que tenga tiempo suficiente para disponer de sus propiedades;

d) Que se tomarán medidas adecuadas para el transporte del trabajador y de los miembros de su familia;

e) Que se tomarán las disposiciones indispensables para que el trabajador migrante y los miembros de su familia disfruten de un trato humano;

f) Que los gastos de regreso del migrante y de los miembros de su familia, así como los del transporte de sus enseres hasta el punto final de destino, no correrán a su cargo.”<sup>1800</sup>

800. La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares también prohíbe la expulsión de un trabajador migratorio por el solo hecho de no cumplir una obligación emanada de un contrato de trabajo, “a menos que el cumplimiento de esa obligación constituya condición necesaria para dicha autorización o permiso”. El párrafo 2 del artículo 20 dispone lo siguiente:

“2. Ningún trabajador migratorio o familiar suyo será privado de su autorización de residencia o permiso de trabajo ni expulsado por el solo hecho de no cumplir una obligación emanada de un contrato de trabajo, a menos que el cumplimiento de esa obligación constituya condición necesaria para dicha autorización o permiso.”

<sup>1800</sup> Organización Internacional del Trabajo, Recomendación sobre los trabajadores migrantes (revisado) de 1949 (R86), adoptada por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 1° de julio de 1949, parte VI, párr. 18.



801. La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares también prohíbe la expulsión de un trabajador migratorio documentado o en situación regular como medio de privar a dicho trabajador o a un familiar suyo de los derechos emanados de la autorización de residencia y el permiso de trabajo. El párrafo 2 del artículo 56 dispone lo siguiente:

“2. No se podrá recurrir a la expulsión como medio de privar a un trabajador migratorio o a un familiar suyo de los derechos emanados de la autorización de residencia y el permiso de trabajo.”

802. El párrafo 3 de ese mismo artículo dispone que, al considerar la expulsión de un individuo de su territorio, el Estado deberá tener en cuenta consideraciones de carácter humanitario y también el tiempo que esa persona lleve residiendo en su territorio.

“3. Al considerar si se va a expulsar a un trabajador migratorio o a un familiar suyo, deben tenerse en cuenta consideraciones de carácter humanitario y también el tiempo que la persona de que se trate lleve residiendo en el Estado de empleo.”

803. Algunas leyes nacionales tratan específicamente los motivos que pueden justificar la expulsión de un trabajador migratorio. La legislación nacional pertinente podrá prever la cancelación del permiso de un trabajador migratorio que represente una amenaza para el orden público, la moral o la salubridad del Estado<sup>1801</sup>.

## **b) Consideraciones de derechos humanos**

### **i) Derechos de los familiares**

804. La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares proporciona una protección especial a los familiares de un trabajador migratorio que esté documentado o en situación regular en caso de fallecimiento o de disolución del matrimonio. En esos casos, se insta a los Estados Partes a considerar favorablemente la concesión a los familiares del trabajador de una autorización para permanecer en el país. Los párrafos 1 y 3 del artículo 50 establecen lo siguiente:

“1. En caso de fallecimiento de un trabajador migratorio o de disolución del matrimonio, el Estado de empleo considerará favorablemente conceder autorización para permanecer en él a los familiares de ese trabajador migratorio que residan en ese Estado en consideración de la unidad de la familia; el Estado de empleo tendrá en cuenta el período de tiempo que esos familiares hayan residido en él.

[...]

3. No podrá interpretarse que las disposiciones de los párrafos 1 y 2 de este artículo afectan adversamente al derecho a permanecer y trabajar concedido a esos familiares por la legislación del Estado de empleo o por tratados bilaterales y multilaterales aplicables a ese Estado.”

### **ii) Derechos de propiedad**

805. La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares protege específicamente los derechos

<sup>1801</sup> Panamá, Decreto Ley de 1960, artículo 18.

adquiridos por un trabajador migratorio y las prestaciones que se le adeuden en caso de expulsión. El párrafo 9 del artículo 22 dispone lo siguiente:

“La expulsión del Estado de empleo no menoscabará por sí sola ninguno de los derechos que haya adquirido de conformidad con la legislación de ese Estado un trabajador migratorio o un familiar suyo, incluido el derecho a recibir los salarios y otras prestaciones que se le adeuden.”

806. En el Estudio general sobre los trabajadores migrantes elaborado por la Organización Internacional del Trabajo en 1999 también se reconoció el derecho de los trabajadores migrantes que fueran objeto de una orden de expulsión a reclamar los salarios o prestaciones similares que se les adeudasen.

“Los trabajadores migrantes que sean objeto de una orden de expulsión [...] deberían tener, además, derecho a reclamar los salarios, honorarios y otras prestaciones que se les adeuden.”<sup>1802</sup>

### c) Destino

807. La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares otorga al trabajador migratorio que haya sido expulsado de un país el derecho a solicitar autorización de ingreso en un Estado distinto a su Estado de origen. El párrafo 7 del artículo 22 dispone 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.”<sup>1803</sup>

## 3. Requisitos de procedimiento

808. Las disposiciones de los tratados y otros instrumentos internacionales establecen garantías procesales con respecto a la expulsión de trabajadores migratorios. En el Estudio general sobre los trabajadores migrantes elaborado por la Organización Internacional del Trabajo en 1999 se hizo hincapié en la necesidad de que los trabajadores migrantes tuvieran derecho a un juicio en caso de expulsión:

“Los trabajadores migrantes que sean objeto de una orden de expulsión, deberían tener derecho a un juicio en relación con el procedimiento de expulsión.”<sup>1804</sup>

### a) Derecho a exponer las razones para oponerse a la expulsión

809. La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares exige que se conceda al trabajador migratorio el derecho a exponer las razones que le asistan para oponerse a su expulsión. El párrafo 4 del artículo 22 dispone lo siguiente:

<sup>1802</sup> Organización Internacional del Trabajo, Estudio general sobre los trabajadores migrantes de 1999, párr. 560.

<sup>1803</sup> El derecho de los trabajadores migratorios a regresar a su Estado de origen y permanecer en él queda garantizado por el párrafo 2 del artículo 8 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, nota 266 *supra*. (“Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a regresar en cualquier momento a su Estado de origen y permanecer en él.”)

<sup>1804</sup> Organización Internacional del Trabajo, Estudio general sobre los trabajadores migrantes de 1999, párr. 560.

“Salvo cuando una autoridad judicial dicte una decisión definitiva, los interesados tendrán derecho a exponer las razones que les asistan para oponerse a su expulsión, así como a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello.”

810. La legislación nacional puede estipular específicamente la celebración de audiencias con respecto a la expulsión de trabajadores migratorios<sup>1805</sup> o conceder audiencias a organizaciones de empleadores o de trabajadores con respecto a cuestiones relativas a permisos de trabajadores migratorios que impliquen aspectos de base o resulten de gran importancia por cualquier otro motivo<sup>1806</sup>.

**b) Derecho a protección consular**

811. La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares establece el derecho de un trabajador migratorio que vaya a ser expulsado a recurrir a la protección y la asistencia de las autoridades consulares o diplomáticas de su Estado de origen, o del Estado que represente los intereses de ese Estado, y a que se le informe de ese derecho. El artículo 23 dispone lo siguiente:

“Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recurrir a la protección y la asistencia de las autoridades consulares o diplomáticas de su Estado de origen, o del Estado que represente los intereses de ese Estado, en todos los casos en que queden menoscabados los derechos reconocidos en la presente Convención. En particular, en caso de expulsión, se informará sin demora de ese derecho a la persona interesada, y las autoridades del Estado que haya dispuesto la expulsión facilitarán el ejercicio de ese derecho.”

**c) Derecho a asistencia judicial y a un intérprete**

812. La Recomendación sobre los trabajadores migrantes (R151), adoptada por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 24 de junio de 1975, reconoce el derecho de los trabajadores migrantes que sean objeto de una medida de expulsión a recibir asistencia judicial y a ser asistidos por un intérprete en las mismas condiciones que los trabajadores nacionales. El párrafo 33 de la Recomendación R151 dispone lo siguiente:

“Todo trabajador migrante objeto de una medida de expulsión debería gozar del derecho de recurso ante una instancia administrativa o judicial, según las modalidades previstas a estos fines por la legislación nacional. Dicho recurso debería suspender la ejecución de la medida de expulsión, a reserva de las exigencias debidamente justificadas de la seguridad nacional o del orden público. *El trabajador migrante debería tener el mismo derecho a la asistencia judicial que los trabajadores nacionales, así como la posibilidad de hacerse asistir por un intérprete.*” [Sin cursiva en el original.]

**d) Notificación de los motivos de la decisión de expulsión**

813. La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares exige que las decisiones de expulsión sean debidamente notificadas al trabajador migratorio y a sus familiares. Las notificaciones deberán indicar los motivos de la expulsión, salvo que existan razones

<sup>1805</sup> Estados Unidos, INA, artículos 210 e) 3) y 216A b) 2).

<sup>1806</sup> Suecia, Ley de 1989, capítulo 11, artículo 7.

de seguridad nacional para proceder de otro modo. El párrafo 3 del artículo 22 dispone lo siguiente:

“La decisión les será comunicada [a los trabajadores migrantes y sus familiares] en un idioma que puedan entender. Les será comunicada por escrito si lo solicitasen y ello no fuese obligatorio por otro concepto y, salvo en circunstancias excepcionales justificadas por razones de seguridad nacional, se indicarán también los motivos de la decisión. Se informará a los interesados de estos derechos antes de que se pronuncie la decisión o, a más tardar, en ese momento.”

**e) Derecho a un proceso de revisión**

814. La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares reconoce el derecho de un trabajador migratorio objeto de expulsión a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, “a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello”. Además, el trabajador migratorio tiene derecho a solicitar que se suspenda la ejecución de la decisión de expulsión hasta que se lleve a cabo dicha revisión. El párrafo 4 del artículo 22 dispone lo siguiente:

“Salvo cuando una autoridad judicial dicte una decisión definitiva, los interesados tendrán derecho a exponer las razones que les asistan para oponerse a su expulsión, así como a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello. Hasta tanto se haga dicha revisión, tendrán derecho a solicitar que se suspenda la ejecución de la decisión de expulsión.”

815. El Convenio europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante reconoce el derecho de un trabajador migrante cuyo permiso de residencia haya sido retirado a un recurso efectivo, conforme al procedimiento previsto por la legislación nacional, ante una autoridad judicial o administrativa. El párrafo 5 del artículo 9 dispone lo siguiente:

“[...] Cada Parte Contratante se compromete, sin embargo, a asegurar a los trabajadores migrantes cuyo permiso de residencia haya sido retirado, un derecho de recurso efectivo, conforme al procedimiento previsto por su legislación, ante una autoridad judicial o administrativa.”

816. Además, la Recomendación sobre los trabajadores migrantes (R151), adoptada por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 24 de junio de 1975, reconoce que todo trabajador migrante objeto de una medida de expulsión debería gozar del derecho de recurso ante una instancia administrativa o judicial, según las modalidades previstas a esos fines por la legislación nacional, así como del derecho a solicitar que se suspenda la ejecución de la medida de expulsión mientras esté pendiente el recurso, a menos que razones de seguridad nacional u orden público se opongan a ello. El párrafo 33 de la Recomendación dispone lo siguiente:

“Todo trabajador migrante objeto de una medida de expulsión debería gozar del derecho de recurso ante una instancia administrativa o judicial, según las modalidades previstas a estos fines por la legislación nacional. Dicho recurso debería suspender la ejecución de la medida de expulsión, a reserva de las exigencias debidamente justificadas de la seguridad nacional o del orden público. [...]”

817. En el Estudio general sobre los trabajadores migrantes elaborado por la Organización Internacional del Trabajo en 1999 también se subraya el derecho de los trabajadores migrantes a interponer un recurso en caso de decisión de expulsión, tal y como prevé la Recomendación sobre los trabajadores migrantes (R151) anteriormente citada, y se expresa preocupación por las prácticas de algunos Estados de no permitir al individuo permanecer en el país hasta la resolución del asunto:

“C. Recursos en caso de decisión de expulsión

En virtud de una serie de disposiciones contenidas en la Recomendación No. 151, se debería garantizar a los trabajadores migrantes el derecho a una reparación legal en caso de que presenten un recurso por violación del derecho a las prestaciones e indemnizaciones que se especifican en el párrafo 34 2), o contra la emisión de una orden de expulsión, como se especifica en el párrafo 33. Además, según el párrafo 33 los trabajadores migrantes que recurran contra una orden de expulsión deberían estar autorizados a residir en el país hasta la resolución del asunto —‘a reserva de las exigencias debidamente justificadas de la seguridad nacional o del orden público’— y deberían tener el mismo derecho a la asistencia judicial que los trabajadores nacionales, así como la posibilidad de hacerse asistir por un intérprete [...].<sup>1807</sup>

La Comisión toma nota con preocupación de que algunas memorias, entre ellas la de Alemania, indican que el hecho de impugnar o entablar una acción judicial contra la denegación de otorgar o de renovar un permiso de residencia no aplaza la ejecución de la medida, lo que supone de hecho que los trabajadores migrantes pueden ser expulsados del país sobre la base de una orden de expulsión que pudiera resultar injustificada posteriormente. El efecto no deliberado de estas políticas pudiera ser disuadir a los trabajadores migrantes que consideraran injustificada la decisión de cese de servicios de interponer un recurso. La Comisión toma nota de un comentario presentado por una organización no gubernamental en el que se señala que ‘aun cuando se prolongue el permiso de residencia’ para permitir que el trabajador migrante espere la decisión de la justicia, ésta puede llevar meses, incluso años, y si el migrante no tiene autorización para trabajar durante ese período, es posible que no disponga de medios suficientes para continuar su acción ante la justicia o para subsistir hasta que se llegue a una decisión sobre su demanda. Al mismo tiempo que incita a los Estados Miembros a considerar la posibilidad de permitir que el trabajador migrante trabaje mientras espera la resolución de su recurso, la Comisión toma nota de que en ciertos países tal como Senegal, por ejemplo, la legislación dispone que el trabajador migrante tiene la posibilidad de elegir entre el tribunal del país de ejecución del contrato y el de su país de origen.”<sup>1808</sup>

818. La legislación nacional puede prever específicamente la revisión judicial en relación con la expulsión de trabajadores migratorios.<sup>1809</sup>

**f) Derecho a reclamar compensación y volver a ingresar en el Estado**

819. La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares prevé la posible revocación de una decisión de expulsión y dispone que, en esos casos, la persona interesada tendrá

<sup>1807</sup> Organización Internacional del Trabajo, Estudio general sobre los trabajadores migrantes 1999, párr. 614.

<sup>1808</sup> *Ibid.*, párr. 616 (se omiten las citas).

<sup>1809</sup> Véase, por ejemplo, Estados Unidos, INA, artículos 210 e) 3) y 216A b) 2).

derecho a reclamar una indemnización. Además, no podrá hacerse valer esa decisión para impedir al trabajador migrante volver a ingresar en el Estado. El párrafo 5 del artículo 22 dispone lo siguiente:

“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.”

#### **4. Partida**

##### **a) Oportunidad razonable de proteger propiedades o intereses similares**

820. La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares exige que se dé a un trabajador migratorio objeto de una medida de expulsión una oportunidad razonable para arreglar lo concerniente al pago de los salarios y otras prestaciones que se le adeuden. El párrafo 6 del artículo 22 dispone lo siguiente:

“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.”

821. La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares también proporciona protección especial a los familiares de un trabajador migratorio en caso de fallecimiento de dicho trabajador o de disolución de su matrimonio. En esos casos, se insta a los Estados Partes a considerar favorablemente la concesión a los familiares del trabajador de una autorización para permanecer en el país. En caso de negarse esa autorización, el Estado Parte concederá a los individuos interesados un período de tiempo razonable para preparar su partida. El artículo 50, que se aplica a los trabajadores migratorios documentados o en situación regular y a sus familiares, dispone lo siguiente:

“2. Se dará a los familiares a quienes no se conceda esa autorización [para permanecer en el país] tiempo razonable para arreglar sus asuntos en el Estado de empleo antes de salir de él.

3. No podrá interpretarse que las disposiciones de los párrafos 1 y 2 de este artículo afectan adversamente al derecho a permanecer y trabajar concedido a esos familiares por la legislación del Estado de empleo o por tratados bilaterales y multilaterales aplicables a ese Estado.”

##### **b) Costos de la expulsión**

822. El párrafo 3 del artículo 9 del Convenio No. 143, relativo a las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes, dispone lo siguiente: “En caso de expulsión del trabajador o su familia, no deberían éstos correr con los costos de la expulsión”.

823. El artículo 9 del Anexo II del Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (No. 97) enuncia ese mismo principio en relación con los trabajadores migrantes que, por una causa que no les sea imputable, no consigan obtener el empleo para el cual hayan sido reclutados u otro empleo conveniente:

“Si un trabajador migrante, introducido en el territorio de un Miembro de conformidad con las disposiciones del artículo 3 del presente anexo, no obtiene, por una causa que no le sea imputable, el empleo para el cual fue reclutado u otro empleo conveniente, los gastos de su regreso y del de los miembros de su familia que hayan sido autorizados a acompañarlo o a reunirse con él, comprendidos los impuestos administrativos, el transporte y la manutención hasta el lugar de destino y el transporte de los efectos de uso doméstico, no deberán correr a cargo del migrante.”

824. En base a estas disposiciones convencionales, en el Estudio general sobre los trabajadores migrantes elaborado por la Organización Internacional del Trabajo en 1999 se abordó la cuestión de los costos de la expulsión. Por lo que respecta a los trabajadores migrantes en situación irregular, el estudio establece una distinción entre aquellas situaciones en las que la irregularidad no es imputable al trabajador y aquellas en que sí lo es. En el primero de dichos casos, la protección proporcionada al trabajador tiene que ver con los costos derivados del regreso a su país (y el de sus familiares), incluidos los gastos de transporte, mientras que en el segundo la protección sólo concierne a los costos de la expulsión propiamente dicha. Aun así, el estudio muestra que las prácticas de los Estados a este respecto no son uniformes:

“El párrafo 3 del artículo 9 del Convenio No. 143 dispone que ‘en caso de expulsión del trabajador o su familia, no deberían éstos correr con los costos de la expulsión’. Es necesario distinguir este caso, es decir aquel en que el trabajador migrante está en situación irregular por causas que le son imputables —en cuyo caso deberá hacerse cargo de los gastos de transporte pero no de los de expulsión— del caso en el cual el trabajador migrante se encuentra en situación irregular por motivos que no le son imputables (por ejemplo, despido antes del término establecido en su contrato o cuando el empleador no ha cumplido correctamente con las formalidades necesarias para emplear a un trabajador extranjero, etc.), en cuyo caso ningún gasto —comprendidos los de transporte— de su regreso y del de los miembros de su familia debería quedar a su cargo. Son pocos los gobiernos que, como el de Reino Unido (Jersey), han indicado que, en todos los casos la expulsión se hace a cargo de los poderes públicos. Algunos, como la República Checa y Grecia, han declarado que el costo de la expulsión corre, en primer lugar, por cuenta del trabajador migrante en situación irregular, y sólo si está en la incapacidad de asumirlo, los poderes públicos lo toman a cargo o exigen el pago a la compañía de transporte o al empleador del trabajador expulsado.<sup>1810</sup>

Otros gobiernos han entendido que esta disposición abarca todos los gastos derivados de la expulsión del trabajador migrante en situación irregular y de su familia a su país de origen. Así, el Líbano ha pedido a la Comisión que precise qué gastos no deben correr por cuenta del trabajador expulsado. En realidad, parece que el Convenio no se refiere a los gastos del viaje de retorno al país, sino solamente a los gastos de expulsión, es decir, la cuantía de los gastos en que incurre un Estado para garantizar que el trabajador clandestino abandona el territorio como, por ejemplo, los gastos de los procedimientos administrativos o judiciales ocasionados por la orden de expulsión o la ejecución de la orden (a saber, aquellos en que incurre el Estado Miembro debido a la expulsión, como por ejemplo, los gastos de escoltar al trabajador y a su familia hasta fuera del territorio). Cuando la legislación prevé que puede

<sup>1810</sup> Organización Internacional del Trabajo, Estudio general sobre los trabajadores migrantes, 1999, párr. 310 (se omiten las citas).

reclamarse al trabajador migrante el monto de dichos gastos, el Convenio no se aplica plenamente. Sobre este aspecto concreto, la Comisión hace referencia a los numerosos comentarios que ha formulado al respecto y en particular a las solicitudes directas de 1993 y 1995 que envió a Noruega y en las que considera que ‘los gastos de vigilancia a que se hace referencia en el artículo 46 de la ley de inmigración son los gastos administrativos de escoltar al trabajador migrante a la frontera que debe sufragar el Estado que desea garantizar que el trabajador y su familia abandonan realmente el país conforme a la decisión de expulsión’. Sin embargo, los países que hacen sufragar al trabajador migrante expulsado los gastos de viaje no infringen por ello esta disposición del Convenio. Esta opinión viene confirmada por el hecho de que, si el costo de la expulsión incluyera los gastos de viaje, la situación del migrante clandestino sería más favorable que la del trabajador migrante regular, lo cual podría inducir a los trabajadores migrantes a permanecer en el país tras la expiración de su permiso de residencia para conseguir la expulsión y, por ende, la repatriación gratuita.<sup>1811</sup>

El artículo 9 del Anexo II del Convenio No. 97 dispone que ‘si un trabajador migrante, introducido en el territorio de un Miembro de conformidad con las disposiciones del artículo 3 del presente anexo, no obtiene, por una causa que no le sea imputable, el empleo para el cual fue reclutado u otro empleo conveniente, los gastos de su regreso y del de los miembros de su familia que hayan sido autorizados a acompañarlo o a reunirse con él, comprendidos los impuestos administrativos, el transporte y la manutención hasta el lugar del destino y el transporte de los efectos de uso doméstico, no deberán correr a cargo del migrante’. El principio según el cual el costo de la expulsión en caso de residencia o empleo irregular no debe recaer en el trabajador migrante, figura igualmente en el artículo 9, párrafo 3 del Convenio No. 143 y en el párrafo 8 apartado 5 de la Recomendación No. 151 y ha sido desarrollado en los anteriores párrafos 310 y 311.”<sup>1812</sup>

825. El párrafo 8 del artículo 22 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares hace una distinción entre los gastos a que dé lugar la expulsión propiamente dicha, que no correrán por cuenta del trabajador, y los gastos de viaje, cuyo pago sí podrá exigirse al trabajador migrante:

“Los gastos a que dé lugar el procedimiento de expulsión de un trabajador migratorio o un familiar suyo no correrán por su cuenta. Podrá exigirsele que pague sus propios gastos de viaje.”

## **D. Menores de edad**

### **1. Motivos y otras consideraciones relativas a la decisión de expulsión**

826. La expulsión de extranjeros menores de edad, especialmente cuando no están acompañados de familiares, ha suscitado honda preocupación en la comunidad internacional. La expulsión de estos extranjeros puede prohibirse o permitirse únicamente por motivos muy limitados.

<sup>1811</sup> *Ibid.*, párr. 311 (se omiten las citas).

<sup>1812</sup> *Ibid.*, párr. 612.



827. La Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Gabriela Rodríguez Pizarro, expresó su “preocupación ante situaciones de detención y expulsión de menores no acompañados y los obstáculos a la reunificación familiar que afectan a los mismos”<sup>1813</sup>.

828. En relación con la expulsión de residentes de larga duración, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa expresó la opinión de que

“En ningún caso debe expulsarse a menores de edad.”<sup>1814</sup>

829. La Asamblea Parlamentaria recomendó que el Comité de Ministros del Consejo de Europa invitase a los Gobiernos de sus Estados miembros:

“h) A garantizar que los migrantes nacidos o criados en el país de acogida y sus hijos menores de edad no pudieran ser expulsados en ningún caso.”<sup>1815</sup>

830. En el marco de la Unión Europea, cabe mencionar la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, que trata de la expulsión de ciudadanos de la Unión Europea. En el párrafo 24 del preámbulo, la Directiva establece lo siguiente:

“Cuanto mayor sea la integración de los ciudadanos de la Unión Europea y de los miembros de sus familias en el Estado miembro de acogida, tanto mayor debería ser la protección contra la expulsión. Únicamente en circunstancias excepcionales, cuando concurren razones de seguridad pública de carácter imperativo, debería adoptarse una medida de expulsión contra ciudadanos de la Unión que hayan residido durante varios años en el territorio del Estado miembro de acogida, en particular cuando hayan nacido y residido allí durante toda su vida. *Además, ese tipo de circunstancias excepcionales deberían también tenerse en cuenta a la hora de adoptar una medida de expulsión contra menores, a fin de salvaguardar sus relaciones familiares de acuerdo con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.*” [Sin cursiva en el original.]

831. De manera más precisa, la Directiva permite la expulsión de un menor sólo cuando concurren “motivos imperiosos de seguridad pública” o sea necesaria “en interés del niño”. El apartado b) del párrafo 3 del artículo 28 establece lo siguiente:

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

[...]

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

<sup>1813</sup> Comisión de Derechos Humanos, Informe sobre los derechos humanos de los migrantes, preparado por Gabriela Rodríguez Pizarro, Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos, aprobada por el Consejo Económico y Social en su decisión 2002/266, A/57/292, 9 de agosto de 2002, párr. 65.

<sup>1814</sup> Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, Recomendación 1504 (2001): Non-expulsion of long-term immigrants, 14 de marzo de 2001, párr. 7.

<sup>1815</sup> Ibid., párr. 11, ii).

## 2. Requisitos de procedimiento

832. El Comité de los Derechos del Niño expresó su alarma por “el maltrato de niños por la policía durante la expulsión forzosa al país de origen al que, en algunos casos, han sido deportados sin tener acceso a asistencia letrada ni a servicios de interpretación”<sup>1816</sup> y recomendó que se adoptaran todas las medidas necesarias “para evitar los procedimientos ilícitos en la expulsión de niños extranjeros no acompañados”<sup>1817</sup>.

833. Los ordenamientos nacionales pueden establecer tribunales especiales competentes para decidir sobre las expulsiones de menores<sup>1818</sup>.

## E. Refugiados

### 1. Motivos y otras consideraciones relativas a la decisión de expulsión

#### a) Motivos

834. La expulsión de extranjeros refugiados que se encuentren legalmente en el territorio de un Estado tan sólo se permitirá en circunstancias excepcionales y por motivos tasados.

835. El Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados ha reconocido que la expulsión de refugiados sólo debe permitirse en circunstancias excepcionales. En su conclusión No. 7 (XXVIII), el Comité Ejecutivo:

“a) Reconoció que, de conformidad con la Convención de 1951, los refugiados que se encontrasen legalmente en el territorio de un Estado contratante estaban generalmente protegidos contra la expulsión y que, de conformidad con el artículo 32 de la Convención, la expulsión de un refugiado sólo estaba permitida en circunstancias excepcionales ...”<sup>1819</sup>

836. La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados otorga una protección especial a los refugiados que se encuentren legalmente<sup>1820</sup> en el territorio de un

<sup>1816</sup> Véase, por ejemplo, Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: España, 7 de junio de 2002, CRC/C/15/Add.185 (13 de junio de 2002), párr. 45 a).

<sup>1817</sup> Véase, por ejemplo, Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: España, 7 de junio de 2002, CRC/C/15/Add.185 (13 de junio de 2002), párr. 46 d).

<sup>1818</sup> Italia, Decreto Legislativo No. 286 de 1998, artículo 31 4), Ley No. 40 de 1998, artículo 29 4) y Decreto Ley de 1996, artículo 7 2).

<sup>1819</sup> Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Conclusión No. 7 (XXVIII) del Comité Ejecutivo – 1977: Expulsión, 12 de octubre de 1977.

<sup>1820</sup> “El párrafo 1 [del artículo 32] se ocupa de la expulsión de refugiados que se hallan legalmente en el país, lo que significa que estas salvaguardas no serán aplicables a los refugiados que se encuentren ilegalmente en el territorio del Estado, salvo lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 31 y en el artículo 33. En otras palabras, si bien como norma general los refugiados que se encuentren legalmente en un país no podrán ser expulsados si no es por los motivos y según los procedimientos prescritos en el artículo 32, los refugiados ilegales podrán ser objeto de expulsión sin necesidad de limitarse a tales motivos y sin las garantías del párrafo 2, excepto en la medida en que el párrafo 1 del artículo 33 [véase la parte X.E.2 b)] resulte aplicable y sin perjuicio del requisito del artículo 31 de que los Estados otorguen a los ilegales el plazo y las facilidades necesarios para obtener su admisión en otro país: una vez se hayan otorgado estas facilidades y haya transcurrido el plazo razonable, podrá decretarse la expulsión (excepto a una zona peligrosa) en virtud de una decisión administrativa, y el procedimiento para ese tipo de

Estado, limitando los motivos de expulsión a los relativos a la seguridad nacional o el orden público. El párrafo 1 del artículo 32 establece lo siguiente:

“Los Estados Contratantes no expulsarán a refugiado alguno que se halle legalmente en el territorio de tales Estados, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público.”<sup>1821</sup>

837. Según el *Commentary on the Refugee Convention* (Comentario acerca de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados), elaborado por Grahl-Madsen y publicado posteriormente por el ACNUR, el único medio lícito para obligar a un refugiado que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado a abandonarlo es la expulsión practicada de conformidad con esta disposición:

“En cuanto a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio del Estado contratante interesado, del artículo 32 se deduce que la expulsión es la única medida lícita para hacerlos abandonar el país, sin que quepa recurrir por tanto al mero expediente de devolución (‘refoulement’).”<sup>1822</sup>

838. La noción de “seguridad nacional” como motivo de expulsión de refugiados no aparece regulada de manera explícita en la Convención. Según el comentario de Grahl-Madsen, el concepto puede interpretarse en un sentido que abarque:

---

casos queda al arbitrio de cada Estado contratante. La prohibición de expulsar a los refugiados que se encuentren legalmente en el país significa en esencia que una vez que el refugiado haya sido admitido o legalizado, tendrá derecho a permanecer indefinidamente y tan sólo perderá ese derecho si se convierte en un riesgo para la seguridad nacional o perturba el orden público, motivos que deben haberse establecido de conformidad con el procedimiento prescrito en ese párrafo. No puede considerarse expulsión el caso de un refugiado admitido en un Estado contratante con carácter temporal con un documento de viaje expedido por otro Estado contratante a quien se le niega el permiso de residencia más allá del plazo autorizado. Técnicamente se trataría de un refugiado presente en el país ‘ilegalmente’, aunque no pertenecería a la categoría de refugiados ilegales de que se ocupa el artículo 31”. Nehemiah Robinson, *Convention Relating to the Status of Refugees. Its History, Contents and Interpretation*. Instituto de Asuntos Judíos, Congreso Judío Mundial, 1953 (reimpreso en 1997 por la División de Protección Internacional del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados), págs. 133 y 134. Véase *Chim Ming v. Marks, District Director, Immigration and Naturalization Service and Rogers, Secretary of State, Lim Yim Yim v. Marks, District Director, Immigration and Naturalization Service*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Sección Segunda, 8 de noviembre de 1974, *International Law Reports*, vol. 70, E. Lauterpacht. C.J. Greenwood (eds.), págs. 360 a 362 (el artículo 32 de la Convención no protege de la deportación a las personas que no hayan sido admitidas legalmente en el territorio del Estado).

<sup>1821</sup> Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, Ginebra, 28 de julio de 1951, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 189, No. 2545, pág. 150, art. 32, párr. 1. Se ha afirmado que esta disposición impide la expulsión de refugiados por razones exclusivamente políticas o económicas. Véase el comentario del Dr. E. Jahn reproducido en: Asociación de Derecho Internacional, Comité sobre los aspectos jurídicos del problema del asilo, Informe y proyectos de convenciones sobre asilo diplomático y territorial, *Conference Report 1970*, págs. 45 a 61, en especial pág. 61: “[...] si bien la Convención de 1951 no impone a los Estados la obligación de conceder a los refugiados la residencia permanente, limita no obstante las circunstancias en que es posible deportar a un refugiado cuya situación esté regularizada. Así pues, el artículo 32 de la Convención establece que el refugiado que se halle legalmente en el territorio del Estado sólo podrá ser expulsado por razones ‘de seguridad nacional o de orden público’, es decir no por motivos puramente políticos o económicos”.

<sup>1822</sup> Atle Grahl-Madsen, nota 990 *supra*, en relación con el art. 33, párr. 2.

“Cualquier amenaza a la soberanía, la independencia, la integridad territorial, la Constitución, el Gobierno, la paz exterior, el potencial bélico, las fuerzas armadas o las instalaciones militares de un país.”<sup>1823</sup>

En resumen, el concepto, de ‘seguridad nacional’ podrá invocarse en relación con actos de carácter grave que amenacen directa o indirectamente al Gobierno, la integridad, la independencia o la paz exterior del país.”<sup>1824</sup>

839. Además, el refugiado puede constituir una amenaza para la seguridad nacional incluso aunque no sea culpable de ningún delito. Según el comentario de Grahl-Madsen, un refugiado que de manera reiterada elabore o divulgue propaganda contra un gobierno extranjero podrá ser objeto de expulsión por motivos de seguridad nacional aun cuando su conducta no sea constitutiva de delito.<sup>1825</sup>

840. La noción de “orden público” como motivo válido de expulsión se examinó al tiempo que se preparaba y se negociaba la Convención. De la historia legislativa de este instrumento se desprende que la amenaza al orden público como motivo de expulsión de los refugiados puede resultar aplicable cuando el refugiado haya sido condenado por ciertos delitos graves. Aunque la inclusión de la amenaza para el orden público entre las causas de expulsión de los refugiados queda al arbitrio del Estado parte, parece que el concepto de “orden público” no justificaría las expulsiones basadas en “motivos sociales”, tales como la enfermedad o la discapacidad ni las fundadas en la indigencia, que serían contrarias al artículo 23 de la Convención.<sup>1826</sup>

841. Nehemiah Robinson explica la noción de orden público como motivo válido de expulsión de refugiados a partir de la historia legislativa de la Convención de la manera siguiente:

“El significado de ‘seguridad nacional o de orden público’ es el mismo que en el resto de la Convención (por ejemplo en el artículo 28). Esta misma fórmula se utilizó en otros acuerdos anteriores. En el Comité Especial y la Conferencia se expresó cierto descontento por la vaguedad de la expresión ‘orden público’ y las diferentes interpretaciones que recibía en distintos países, debido a sus divergencias en cuanto a los sistemas sociales o las prohibiciones legales. El Comité consideró necesario tener en cuenta el significado que había adquirido en ciertos ordenamientos jurídicos y consideró que la deportación de extranjeros condenados por ciertos delitos graves sería permisible según este artículo si dichos delitos se consideraban en el país en cuestión como violaciones del ‘orden público’. La Conferencia entendió que la especificación de los motivos de deportación debía encomendarse a la jurisdicción del Estado interesado. Por otra parte, el ‘orden público’ no permitiría, en opinión del Comité Especial, la deportación de extranjeros por motivos sociales, tales como la indigencia, la enfermedad o la discapacidad. La deportación fundada en la indigencia iría en contra de lo dispuesto en el artículo 23 de la Convención.”<sup>1827</sup>

<sup>1823</sup> *Ibid.*, en relación con el art. 32, párr. 5.

<sup>1824</sup> *Ibid.*

<sup>1825</sup> *Ibid.*

<sup>1826</sup> Este artículo establece que “los Estados Contratantes concederán a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio de tales Estados el mismo trato que a sus nacionales en lo que respecta a asistencia y socorro públicos”.

<sup>1827</sup> Nehemiah Robinson, *Convention Relating to the Status of Refugees. Its History, Contents and Interpretation*, Instituto de Asuntos Judíos, Congreso Judío Mundial, 1953 (reimpreso en 1997 por la División de Protección Internacional del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados), pág. 134.

842. En cuanto a las infracciones penales que podrían justificar la expulsión de un refugiado por motivos de orden público, en el comentario de Grahl-Madsen se sugiere que no bastaría con una única falta leve.

“Existen de hecho ciertas faltas cuya naturaleza permite afirmar que alteran la vida cotidiana del conjunto de los ciudadanos y pueden ocasionar problemas graves a las autoridades policiales, especialmente cuando se cometen de manera reiterada o incluso habitual, como es el caso, por ejemplo, el merodeo, el vagabundeo y la fabricación y distribución ilegales de bebidas alcohólicas, o la prostitución, cuando se ejerce de manera que causa ‘escándalo’ público o puede amenazar la salud pública.

No obstante, parece prudente afirmar que una única falta no podrá dar lugar a la expulsión en virtud del artículo 32, y que sólo una comisión habitual o reiterada que constituya una verdadera molestia pública podrá considerarse como posible justificación para una medida de tal calibre.”<sup>1828</sup>

843. Según el comentario de Grahl-Madsen, con independencia de la gravedad del acto, la comisión de un delito por un refugiado, sólo podrá justificar la expulsión “si su presencia continuada es perjudicial para el mantenimiento del orden público, es decir de la paz y la tranquilidad de la sociedad en su conjunto”<sup>1829</sup>.

844. No obstante, un refugiado puede constituir una amenaza para el orden público incluso cuando no sea culpable de ningún delito. Según el comentario de Grahl-Madsen, el refugiado que promueva disturbios o incite al descontento entre la población podrá ser objeto de expulsión por motivos de orden público incluso cuando su conducta no sea constitutiva de delito.<sup>1830</sup>

845. El Subcomité Plenario de Protección Internacional del ACNUR ha interpretado restrictivamente los conceptos de “seguridad nacional” y “orden público”, resaltando que sólo debe recurrirse a la expulsión cuando sea éste el único medio de proteger el interés legítimo del Estado:

“El concepto de ‘seguridad nacional o de orden público’ puede ser difícil de aplicar en ciertos casos particulares. Los trabajos preparatorios de la disposición propugnan una interpretación restrictiva, en el sentido de que el refugiado sólo podrá ser expulsado como último recurso y cuando sea ésta la única medida aplicable para proteger los intereses legítimos del Estado.”<sup>1831</sup>

846. Algunos ordenamientos nacionales especifican los motivos de expulsión de los refugiados. Un Estado puede expulsar a un refugiado reconocido como tal cuando: 1) se lo considere indeseable<sup>1832</sup>, o 2) haya participado en ciertas actividades delictivas o infringido de otro modo la ley, constituya una amenaza para el orden público o la seguridad nacional del Estado, o haya cometido un delito internacional<sup>1833</sup>.

<sup>1828</sup> Atle Grahl-Madsen, nota 990 *supra*, en relación con el art. 32, párr. 6.

<sup>1829</sup> *Ibid.*

<sup>1830</sup> *Ibid.*

<sup>1831</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Nota sobre la expulsión de refugiados, Subcomité Plenario de Protección Internacional, 24 de agosto de 1977, EC/SCP/3, párr. 4.

<sup>1832</sup> República Checa, Ley de 1999, artículo 10 c).

<sup>1833</sup> Canadá, Ley de 2001, artículos 112 3) y 115 2); República Checa, Ley de 1999, artículo 10 a) y b); Alemania, Ley de 2004, artículo 56 1) 5); Guatemala, Decreto Ley de 1986, artículo 25; Japón, Orden de 1951, artículos 61-2-2 3) y 4), 61-2-4 1) y 4) a 7), 61-2-5, 61-2-7 1), 61 2-8, 61-2-12 1) y 8) a 9), y 61-2-13; República de Corea, Ley de 1992, artículo 76-6; Suecia, Ley de 1989, capítulo 3, artículo 4, y capítulo 4, artículo 10; y Estados Unidos, INA, artículo 207 c) 4).

847. Un Estado también puede revocar el permiso de residencia de un refugiado cuando éste obtenga la protección de su Estado de nacionalidad o de un tercer Estado, o rechace la protección de alguno de estos Estados una vez que hayan dejado de existir las razones que dieron lugar al estatuto de refugiado<sup>1834</sup>.

848. En la causa *Homeless Alien (Germany)*, de 30 de septiembre de 1958, el Tribunal Administrativo Federal de Alemania examinó los motivos de expulsión de los refugiados relacionados con la seguridad nacional o el orden público según el artículo 32 de la Convención y el derecho interno aplicable. El Tribunal se pronunció en los siguientes términos:

“El extranjero que haya sido declarado culpable de una infracción penal será devuelto a su Estado de origen por regla general. Este procedimiento, sin embargo, no es aplicable en el caso de un extranjero sin hogar o un refugiado extranjero, porque, por las razones establecidas en la Convención, su vida y su libertad están amenazadas en su Estado de origen, y poner a una persona sometida a esa amenaza a merced de un Estado de ese tipo iría en contra de las reglas vigentes en una comunidad que defiende el derecho y la justicia. Difícilmente estarán dispuestos terceros Estados a acoger a un extranjero condenado por la comisión de un delito por más que se trate de un refugiado. Por ello, el derecho del Estado de acogida a expulsar al extranjero se concibe de manera restrictiva. Únicamente cuando entren en juego intereses absolutamente fundamentales para el Estado, es decir circunstancias relacionadas con la seguridad nacional o el orden público, que es el verdadero sentido del artículo 23 de la Ley y el artículo 32 de la Convención, estará facultado el Estado para ordenar la expulsión de dicho extranjero.”<sup>1835</sup>

#### b) Consideraciones de derechos humanos

849. El ACNUR ha insistido en la importancia de tener presentes las graves consecuencias de la expulsión de un refugiado para el propio interesado y para sus familiares más cercanos.

850. El Subcomité Plenario de Protección Internacional ha indicado que las circunstancias relativas a la vida familiar deben tenerse en cuenta a la hora de expulsar a un refugiado:

“También deben tenerse presentes las consecuencias de una medida de expulsión para los familiares más cercanos ...”<sup>1836</sup>

851. El Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado ha reconocido que la expulsión de un refugiado puede tener graves consecuencias para el interesado y sus familiares inmediatos. En su Conclusión No. 7 (XXVIII), el Comité Ejecutivo:

“b) Reconoció que una medida de expulsión podía tener consecuencias muy graves para un refugiado y para los miembros de su familia inmediata que residieran con él ...”<sup>1837</sup>

---

Un Estado puede excusar de manera expresa ciertas infracciones cometidas por refugiados (República de Corea, Ley de 1992, artículo 2 13)).

<sup>1834</sup> Suecia, Ley de 1989, capítulo 3, artículo 5.

<sup>1835</sup> *Homeless Alien (Germany) Case*, nota 702 *supra*.

<sup>1836</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, nota 1831 *supra*, párr. 9.

<sup>1837</sup> Conclusión No. 7, nota 1819 *supra*.

## 2. Destino

### a) Consideración de la admisibilidad en un Estado distinto del de origen

852. El Subcomité Plenario de Protección Internacional del ACNUR ha señalado que a la hora de expulsar a un refugiado debe tenerse en cuenta la posibilidad de que sea admitido en un Estado distinto del de origen.

“También debe tenerse presente ... la cuestión si el refugiado puede ir a otro país distinto del de origen.”<sup>1838</sup>

853. El Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado también ha recomendado que a la hora de expulsar a un refugiado se tenga en cuenta debidamente su admisibilidad en un Estado distinto del de origen. El Comité Ejecutivo ha recomendado además que los refugiados delincuentes reciban el mismo trato que los delincuentes nacionales en los casos en que la expulsión no pueda llevarse a cabo. En su Conclusión No. 7 (XXVIII), el Comité Ejecutivo:

“c) Recomendó que, de conformidad con el artículo 32 de la Convención de 1951, sólo se tomasen medidas de expulsión contra un refugiado en casos sumamente excepcionales y tras la debida consideración de todas las circunstancias, incluida la posibilidad de que el refugiado fuese admitido por un país que no fuese su país de origen;

d) Recomendó que, en los casos en que no fuese posible llevar a la práctica una medida de expulsión, los Estados considerasen la posibilidad de dar a los refugiados delincuentes el mismo trato que a los nacionales delincuentes y que los Estados examinasen la posibilidad de elaborar un instrumento internacional que aplicase ese principio ...”<sup>1839</sup>

### b) El principio de no devolución

#### i) Contenido del principio

854. El artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados prohíbe la expulsión de un refugiado a un país en que su vida o su libertad corren peligro debido a su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas. Según el párrafo 1 de dicho precepto:

“Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.”

855. Este principio de no devolución “es aplicable no sólo respecto del país de origen sino de cualquier país donde la persona tenga motivos para temer ser objeto de persecución”<sup>1840</sup>. Si bien el Estado no está obligado a permitir al refugiado fijar su residencia en su territorio, en las situaciones previstas “debe permitirse [al refugiado] permanecer en algún lugar de algún modo”<sup>1841</sup>.

<sup>1838</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, nota 1831 *supra*, párr. 9.

<sup>1839</sup> Conclusión No. 7, nota 1819 *supra*.

<sup>1840</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, nota sobre la no devolución (presentada por el Alto Comisionado), Subcomité Plenario de Protección Internacional, 23 de agosto de 1977, EC/SCP/2, párr. 4.

<sup>1841</sup> Atle Grahl-Madsen, nota 990 *supra*, en relación con el párrafo 4 del artículo 33.

856. La Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA) que regula los aspectos propios de los problemas de los refugiados en África contiene una prohibición muy similar. En el párrafo 4 de su artículo 2 se establece lo siguiente:

“Ninguna persona será sometida por un Estado Miembro a medidas tales como la negativa de admisión en la frontera, la devolución o la expulsión que la obligarían a regresar o permanecer en un territorio donde su vida, su integridad corporal o su libertad estarían amenazadas por las razones enumeradas en los párrafos 1 y 2 del artículo 1.”<sup>1842</sup>

857. Se ha entendido que el principio de no devolución no implica limitación geográfica alguna, puesto que no conllevaría únicamente el traslado de la persona a un Estado en que se enfrentara a un riesgo de persecución, sino también a un tercer país que transfiriera a su vez al refugiado a un Estado en que existiera un riesgo de ese tipo:

“El traslado de un refugiado desde un país a un tercer país que posteriormente enviará al refugiado hacia el lugar donde se teme sea objeto de persecución constituye una devolución indirecta en violación de los instrumentos internacionales de derechos humanos mencionados.”<sup>1843</sup>

858. En la causa *Immigration and Naturalization Service v. Stevic*, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos examinó los criterios para determinar si un refugiado podía ser expulsado de los Estados Unidos según el artículo 33 de la Convención y el derecho interno aplicable. El Tribunal estableció lo siguiente:

“La decisión del Tribunal de Apelación se funda en la premisa errónea de que todo extranjero que reúna las condiciones para ser considerado como ‘refugiado’ según la definición legal del término también tiene derecho a eludir la deportación según lo previsto en el párrafo h) del artículo 243 [de la INA]. Entendemos que esa conclusión no encuentra fundamento en la redacción del referido artículo, ni en la estructura de la ley modificada ni en sus antecedentes legislativos. (...) De forma deliberada hemos evitado pronunciarnos sobre el criterio rector más allá de señalar que es preciso que la solicitud esté respaldada por pruebas que acrediten la probabilidad real de que el extranjero sea objeto de persecución por algunos de los motivos especificados.”<sup>1844</sup>

859. En la causa *Immigration and Naturalization Service v. Cardozo-Fonseca*, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos siguió examinando el significado del

<sup>1842</sup> Los párrafos 1 y 2 del artículo 1 de la Convención de la OUA establecen lo siguiente:

“Definición del Término ‘Refugiado’ – 1. A los efectos de la presente Convención, el término ‘refugiado’ se aplicará a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes estuviera su residencia habitual, no pueda, o a causa de dichos temores, no quiera regresar a dicho país. 2. El término ‘refugiado’ se aplicará también a toda persona que, a causa de una agresión exterior, una ocupación, o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad”.

<sup>1843</sup> Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, resolución 2000/20, el derecho a buscar asilo y a disfrutar de él, 18 de agosto de 2000, párr. 11 del preámbulo.

<sup>1844</sup> *Immigration and Naturalization Service v. Stevic*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 467 US. 407, 104 S.Ct. 2489, 81 L.Ed.2d 321 (5 de junio de 1984).



término “refugiado”, el umbral de aplicación del principio de no devolución y la facultad discrecional para otorgar la protección más amplia del asilo a los refugiados. El Tribunal afirmó lo siguiente:

“En el asunto *Stevic*, nos ocupamos de la cuestión de la negativa a la deportación, o no devolución, según el párrafo h) del artículo 243 [INA]. Esa disposición se corresponde con el apartado 1 del artículo 33 de la Convención. De manera significativa, sin embargo, este último precepto no extiende el derecho a todas las personas que reúnan los requisitos de la definición de ‘refugiado’. En lugar de ello, establece que ‘ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner de modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios *donde su vida o su libertad peligre* por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas’. 19 UST, pág. 6276, 189 UNTS, pág. 176 (sin cursiva en el original). Así pues, el párrafo 1 del artículo 33 exige que el solicitante cumpla dos requisitos: en primer lugar, debe tratarse de un ‘refugiado’, lo que implica probar como mínimo un ‘temor fundado de ser objeto de persecución’; y en segundo lugar, el ‘refugiado’ debe demostrar que su vida o su libertad ‘estarían amenazadas’ en caso de ser deportado. La exigencia del requisito de la amenaza contenido en el párrafo h) del artículo 243 es perfectamente coherente con las obligaciones de los Estados Unidos en virtud del Protocolo.

El apartado a) del artículo 208, en cambio, establece un mecanismo discrecional que otorga al Fiscal General *autoridad* para conceder a los refugiados la protección más amplia del asilo. Como tal, no se corresponde con el artículo 33 de la Convención, sino con el artículo 34. Véase *Carvajal-Muñoz*, 743 F2d, pág. 574, nota 15. En dicho artículo se establece que los Estados contratantes ‘facilitarán en lo posible la asimilación y la naturalización de los refugiados ...’. Al igual que el párrafo a) del artículo 208, esta disposición es de carácter facultativo; no exige que la autoridad ejecutiva conceda de manera efectiva el asilo a todos los que reúnan los requisitos para ello. También como en el citado párrafo a), el extranjero tan sólo debe probar su condición de ‘refugiado’ para acreditar que reúne las condiciones necesarias para obtener la protección. No se necesita ninguna prueba adicional de que sería perseguido.

Así pues, una vez convertido en vinculante para los Estados Unidos a través del Protocolo, el párrafo 1 del artículo 33 consagra un beneficio facultativo o discrecional aplicable a todas las personas que puedan calificarse de ‘refugiados’, mientras que el artículo 34 establece un derecho para la subcategoría que se vería amenazada de persecución a su retorno. Esta distinción precisa entre la categoría general de refugiados y la subcategoría que tiene derecho a la protección del apartado h) del artículo 243 queda de manifiesto con claridad en la Ley de 1980.”<sup>1845</sup>

## ii) Refugiados que se encuentran ilegalmente en el territorio de un Estado

860. A diferencia del artículo 32 de la Convención, que sólo protege a los refugiados que se encuentran legalmente en el territorio de un Estado, el artículo 33

<sup>1845</sup> *Immigration and Naturalization Service v. Cardoza-Fonseca*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 9 de marzo de 1987, *International Law Reports*, vol. 79, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 610 a 641.

también se aplica a los que estén presentes en el país de manera ilegal<sup>1846</sup>. Además, se ha afirmado que el artículo 33 también protege a las personas que no están reconocidas como refugiados o aún no lo han sido<sup>1847</sup>, siempre que hayan logrado entrar en el territorio del Estado. No obstante, el artículo 33 no prohíbe que los Estados Partes impidan la entrada de un refugiado en su territorio.

861. Así pues, el artículo 33 otorga protección a los refugiados ilegales que se encuentren físicamente presentes en el territorio de un Estado así como a los refugiados presuntos en tanto se adopte una decisión sobre su condición. Esa disposición se explica en el comentario de Grahl-Madsen de la manera siguiente:

“El artículo 33 se aplica a cualquier refugiado en el sentido de la Convención que se encuentre presente físicamente en el territorio de un Estado contratante, con independencia de que su presencia en dicho territorio sea legal o ilegal, y de que tenga o no derecho a acogerse a lo dispuesto en el artículo 31.

Al igual que el párrafo 2 del artículo 31, el artículo 33 debe considerarse aplicable a las personas que presuntamente son refugiadas, a la espera de una decisión sobre si reúnen los requisitos de la definición contenida en el artículo 1.”<sup>1848</sup>

862. El comentario de Robinson pone de manifiesto la importante distinción entre los refugiados presentes físicamente en el territorio de un Estado, ya sea legal o ilegalmente y los que aún no han entrado en él a los efectos del artículo 33 en los siguientes términos:

“El artículo 33 se refiere a los refugiados que hayan entrado en el territorio de un Estado contratante, de manera legal o ilegal, pero no a los que traten de entrar en ese territorio. En otras palabras, el artículo 33 consagra el principio de que, una vez que un refugiado ha conseguido (legal o ilegalmente) asilo

<sup>1846</sup> “El principio de *no devolución* es la piedra angular de la protección de los refugiados, y se aplica con independencia de que los refugiados hayan sido o no admitidos legalmente en el Estado de acogida y de si los refugiados llegaron individualmente o en masa”. Asociación de Derecho Internacional, Declaración de principios de derecho internacional sobre las expulsiones en masa, 62ª conferencia de la Asociación de Derecho Internacional, Seúl, 24 a 30 de agosto de 1986, *Conference Report 1986*, págs. 13 a 18, en especial pág. 16, Principio 12. Véase también Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, nota 1840 *supra*, párr. 4.

<sup>1847</sup> “16. Existen, no obstante, diversas situaciones que demandan la observancia del principio de no devolución, pero en las que su aplicación puede plantear dificultades técnicas. Así, el interesado puede encontrarse en un Estado que no sea parte en la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967, o que, aún siendo parte en estos instrumentos, no haya establecido un procedimiento oficial para determinar el estatuto de refugiado. Las autoridades del país de asilo pueden haber permitido al refugiado residir en su territorio con un permiso de residencia ordinario o simplemente haber tolerado su presencia sin considerar necesario documentar oficialmente el reconocimiento de su condición de refugiado. En otros casos, el interesado puede no haber solicitado oficialmente el estatuto de refugiado. 17. En situaciones de este tipo es esencial que el principio de no devolución se respete escrupulosamente incluso cuando el interesado no esté reconocido oficialmente como refugiado o no lo haya sido aún. Debe tenerse en cuenta que el reconocimiento de la condición de refugiado, ya sea según el estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados o de acuerdo con la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967, es de naturaleza declarativa. Desde el 27º periodo de sesiones del Comité, se han dado distintos casos de personas no reconocidas oficialmente como refugiadas devueltas a sus países de origen a pesar de tener un temor justificado de persecución, o cuyas alegaciones de sufrir ese temor de persecución ni siquiera se examinaron”. *Ibid.*, párrs. 16 y 17.

<sup>1848</sup> Atle Grahl-Madsen, nota 990 *supra*, en relación con el artículo 33, párr. 2.

frente a la persecución, no puede privársele de él ordenándole que regrese ni devolviéndolo por la fuerza al lugar en que fue amenazado con persecuciones o enviándolo a otro lugar en que exista esa amenaza. No obstante, no se impide que los Estados contratantes prohíban a los refugiados que se encuentran en la frontera la entrada en su territorio. En otras palabras, si un refugiado consigue eludir a los guardias fronterizos, estará seguro; pero si no es así, mala suerte.”<sup>1849</sup>

**c) Excepciones al principio de no devolución en los tratados internacionales**

863. La protección reconocida en el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados no es absoluta. Así, no resulta aplicable en dos casos: 1) cuando el refugiado represente un peligro para la seguridad del país; o 2) cuando haya sido condenado en sentencia firme por un delito especialmente grave y represente una amenaza para la comunidad del país en cuestión. En ese sentido, el párrafo 2 del artículo 33 establece lo siguiente:

“Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.”

864. Aunque estas excepciones “deberían aplicarse con la máxima cautela”<sup>1850</sup>, el comentario de Robinson indica que los Estados cuentan con un considerable margen de discrecionalidad a la hora de determinar si existen “razones fundadas” para considerar que alguien es un peligro para la seguridad nacional. Además, el comentario examina las complejas relaciones entre la segunda excepción del párrafo 2 del artículo 33 y la disposición del apartado b) del párrafo F del artículo 1 de la Convención, según la cual la comisión fuera del país de un delito grave priva a su autor del derecho a ser considerado refugiado<sup>1851</sup>.

“6. El párrafo 2 constituye una excepción a la regla del párrafo 1, al permitir la expulsión o la devolución de ciertas categorías de refugiados al país donde están en peligro. En el caso del ‘peligro para la seguridad’ basta con ‘razones fundadas’, debido a la naturaleza política del riesgo y la imposibilidad de definirlo en términos más precisos. El ponente del párrafo 2 (el representante británico) explicó el concepto de ‘razón fundada’ señalando que quedaba al arbitrio de los Estados determinar si existían motivos suficientes para considerar a un refugiado como un peligro para la seguridad del país y si el peligro a que se sometía al refugiado con la expulsión era o no más importante que la amenaza para la seguridad pública derivada de su permanencia en el país. En cuanto al segundo grupo de ‘personas peligrosas’, abarcaría únicamente los casos en que se hubieran dictado sentencias firmes por delitos especialmente graves: en estos casos, en lugar de las penas habituales podría decretarse, si fuera necesario, la expulsión a la frontera del

<sup>1849</sup> Nehemiah Robinson, nota 1827 *supra*, pág. 131. Véase también Atle Grahl-Madsen, nota 990 *supra*, en relación con el artículo 33, párr. 3.

<sup>1850</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, nota 1840 *supra*, párr. 14.

<sup>1851</sup> El apartado b) del párrafo F del artículo 1 de la Convención establece lo siguiente: “Las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar: [...] b) que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada”.

país en que la vida o la libertad del refugiado pudiera estar amenazada. El delito al que se refiere el artículo 33 no tiene que haberse cometido necesariamente en el país de refugio. No obstante, hay que recordar que los delitos graves cometidos fuera del país privan al criminal del derecho a ser considerado refugiado (apartado b) del párrafo F del artículo 1), y por lo tanto lo dejan automáticamente al margen de las garantías establecidas en la Convención.

La redacción del apartado b) del párrafo F del artículo 1 difiere de la del artículo 33 en lo relativo a los delincuentes comunes. La primera disposición tan sólo exige que existan motivos fundados para considerar que la persona ha cometido un delito grave que no sea de carácter político, mientras que el segundo precepto no puede aplicarse a menos que la persona haya sido declarada culpable de un delito de ese tipo mediante condena firme. Obviamente, cuando la persona no reúne los requisitos para ser considerada refugiada, no contará con la protección del artículo 33; en consecuencia, basta con reunir pruebas suficientes que acrediten que ha cometido un delito grave fuera del país de refugio para privarla de su estatuto de refugiada. Sin embargo, para expulsarla, no bastaría con esa prueba según el artículo 33; si bien, por otra parte, tampoco le sería aplicable lo dispuesto en este precepto y, en teoría, podría ser expulsada en cualquier caso. El artículo 33 serviría de protección definitiva en los casos en que el refugiado hubiera cometido el delito en el país de refugio o en otro país una vez hubiese sido admitido en su territorio puesto que el apartado b) del párrafo F del artículo 1 no se refiere a ese tipo de delitos. Para que su redacción sea coherente, el artículo 33 debe interpretarse en el sentido de que únicamente los delincuentes convictos (con independencia del lugar en que el delito se hubiera cometido) podrían ser expulsados, y que la privación del estatuto de refugiado no sería por sí misma causa justificante de la expulsión.

7. Debe añadirse que el párrafo 2 del artículo 33 debe considerarse conjuntamente con los artículos 31 y 32. En otras palabras, la expulsión y la devolución según el párrafo 2 deben entenderse sin perjuicio de la obligación del Estado de otorgar al refugiado un plazo de tiempo razonable y todas las facilidades necesarias para obtener su admisión en otro país. Solamente cuando no consiga ser admitido en otro país, podrá expulsarse o devolverse al refugiado al país donde exista el peligro.”<sup>1852</sup>

865. En el comentario de Grahl-Madsen se examina el concepto de seguridad nacional a los efectos del artículo 33 de la Convención en los siguientes términos:

“Con carácter general, el concepto de ‘seguridad nacional’ o ‘seguridad del país’ se invoca frente a actos de naturaleza grave que amenazan directa o indirectamente la Constitución (el gobierno), la integridad territorial, la independencia o la paz externa del país de que se trate.”<sup>1853</sup>

866. Además, la noción de “peligro” a que se hace referencia en el párrafo 2 del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados debe interpretarse en el sentido de “peligro presente o futuro” en contraposición a ciertos actos cometidos en un pasado distante.

“Parece adecuado interpretar el término ‘peligro’ como ‘peligro presente o futuro’. Aparte del hecho de que no se precisa una condena para proceder a

<sup>1852</sup> Nehemiah Robinson, nota 1827 *supra*.

<sup>1853</sup> Atle Grahl-Madsen, nota 990 *supra*, en relación con el artículo 33, párr. 8.

la expulsión por motivos de seguridad nacional, un fallo condenatorio por espionaje o por alguna otra actividad tradicionalmente considerada como una amenaza para la seguridad nacional no justificará por sí mismo la aplicación del párrafo 2 del artículo 33, sobre todo en el caso en que el acto que dio lugar a la condena se hubiera cometido en un pasado remoto. Sólo cuando la presencia continua del refugiado se considere un peligro para la seguridad del país, podrán las autoridades expulsarlo al país de persecución. No obstante, si puede afirmarse la existencia de dicho peligro, es irrelevante para la aplicación de la disposición que el Estado pueda o no salvaguardar sus intereses con otras medidas que no sean la expulsión [...]

Así pues no son los actos cometidos por el refugiado los que justifican su expulsión, si bien sí pueden ser un indicio del comportamiento que cabe esperar de él en el futuro, y de este modo servir de fundamento de manera indirecta a su expulsión al país de persecución.

Dado que el párrafo 2 del artículo 33 se ocupa más del presente y el futuro que del pasado, parece que en muchos casos las autoridades deberían advertir debidamente al refugiado y darle la oportunidad de enderezar su rumbo antes de considerar seriamente su expulsión al país de persecución. Debe hacerse hincapié en que el párrafo 2 del artículo 33 establece con claridad que cada caso debe decidirse teniendo en cuenta sus circunstancias particulares.”<sup>1854</sup>

**d) La inderogabilidad del principio de no devolución según los tratados internacionales y el derecho consuetudinario**

**i) Convención de la OUA que regula los aspectos propios de los problemas de los refugiados en África**

867. La Convención de la OUA que regula los aspectos propios de los problemas de los refugiados en África no contiene ninguna excepción a la prohibición de no devolución contenida en el párrafo 3 del artículo 2.

**ii) Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes**

868. Como se ha indicado previamente, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes prohíbe sin excepción la expulsión de un extranjero a cualquier Estado en que pueda ser sometido a tortura<sup>1855</sup>. El párrafo 1 del artículo 3 establece lo siguiente:

“Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.”

**iii) Aplicación absoluta del principio de no devolución en relación con la tortura de refugiados**

869. En varias de sus conclusiones, el Comité Ejecutivo del Programa de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados ha interpretado el principio de no devolución con respecto a los refugiados en el sentido de que abarca tanto la prohibición del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los

<sup>1854</sup> Ibid., párr. 7.

<sup>1855</sup> Véase la parte VII.C.3 b) ii).

Refugiados como la contenida en el párrafo 1 del artículo 3 de la Convención contra la Tortura.

“El principio de no devolución [...] prohíbe la expulsión y repatriación de refugiados, de cualquier modo que sea, a las fronteras de territorios en los que su vida o su libertad pudieran verse amenazadas, por razón de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social concreto o a una ideología política, tanto si se les ha concedido oficialmente el estatuto de refugiados como si no, o de las personas respecto de las cuales haya fundamento para creer que correrían peligro de ser objeto de torturas, en los términos previstos en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.”<sup>1856</sup>

870. El ACNUR ha seguido expresando su opinión sobre el principio de no devolución en relación con los refugiados con arreglo al derecho internacional en una causa pendiente ante el Tribunal Supremo del Canadá. En la causa *Suresh c. Minister of Citizenship and Immigration*, el ACNUR se refirió a la prohibición absoluta de devolución en relación con la tortura e indicó que la prohibición de devolución estaba sujeta a un número limitado de excepciones de acuerdo con la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

“a) Cuando existan razones fundadas para creer que, en caso de ser devuelto, un refugiado será sometido a torturas, el derecho internacional prohíbe su devolución; y b) cuando no existan motivos fundados para creer que, en caso de ser devuelto, el refugiado será sometido a torturas, su devolución sólo podrá justificarse de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados si existe una amenaza muy grave para la seguridad del país de refugio que sea proporcional al riesgo que correrá el refugiado una vez devuelto.”<sup>1857</sup>

**iv) Reconocimiento de la inderogabilidad del principio de no devolución en relación con los refugiados dentro de las Naciones Unidas**

871. En 1996, la Comisión de Derechos Humanos expresó preocupación por el incumplimiento generalizado del principio de no devolución en relación con los refugiados y recordó que este principio no era derogable. En su resolución 1996/33 relativa a la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la Comisión se pronunció en los siguientes términos:

“Perturbada por la práctica generalizada consistente en violar el principio de no devolución y los derechos de los refugiados, lo que en algunos casos se traduce en la muerte de éstos, y por diversas informaciones de que se ha devuelto y expulsado a grandes números de refugiados y de personas en

<sup>1856</sup> Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Conclusión No. 79 (XLVII)-1996: Conclusión general sobre la protección internacional, 11 de octubre de 1996, párr. j). Véase también Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Conclusión No. 81 (XLVIII) del Comité Ejecutivo-1997: Conclusión general sobre la protección internacional, 17 de octubre de 1997, párr. i), y Conclusión No. 82 (XLVIII) del Comité Ejecutivo-1997: Salvaguarda de la institución del asilo, 17 de octubre de 1997, párr. i).

<sup>1857</sup> Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Factum of the Intervenor (Alegaciones del mediador), ACNUR, *Suresh v. Minister of Citizenship and Immigration*, Tribunal Supremo del Canadá, No. 27790, presentado el 8 de marzo de 2001, párr. 4.

búsqueda de asilo que se encontraban en situaciones sumamente peligrosas, y recordando que el principio de no devolución no es derogable.”<sup>1858</sup>

872. En 1997, la Asamblea General aprobó la resolución 52/132 en que expresaba similar preocupación por la violación generalizada del principio de no devolución en relación con los refugiados, y en el preámbulo recordaba también la inderogabilidad del principio. En el párrafo 16 de la parte dispositiva, la Asamblea exhortó a los Estados a que garantizaran la protección efectiva de los refugiados respetando el principio de no devolución. Resulta significativo que en una resolución referente a los derechos humanos y los éxodos en masa se utilice una redacción de este tipo, en contraste con la resolución aprobada por la Comisión de Derechos Humanos en relación con la tortura. La resolución 52/132 de la Asamblea General, aprobada sin votación, establece lo siguiente:

“*Perturbada* por la práctica generalizada consistente en violar el principio de no devolución y los derechos de los refugiados, lo que en algunos casos se traduce en la muerte de éstos, y por diversas informaciones de que se ha devuelto y expulsado a grandes números de refugiados y de personas en búsqueda de asilo que se encontraban en situaciones sumamente peligrosas, y recordando que el principio de no devolución no es derogable [...]

16. *Exhorta* a los Estados a que garanticen la protección efectiva de los refugiados, entre otras cosas, respetando el principio de no devolución.”<sup>1859</sup>

#### e) Naturaleza del principio de no devolución

873. Theo van Boven, Relator Especial sobre la tortura, subrayó el “vínculo existente entre el carácter intangible de la prohibición de la tortura y otras formas de malos tratos y el principio de no devolución” y señaló la naturaleza imperativa de este último:

“[Este principio] forma parte integrante de la obligación fundamental general de evitar contribuir en cualquier forma a una violación de la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Es preciso subrayar que la protección ofrecida por el principio de no devolución reviste carácter imperativo.”<sup>1860</sup>

874. El Gobierno de Suiza ha calificado explícitamente el principio de no devolución de norma imperativa (*jus cogens*):

“El principio de no devolución como aparece recogido en el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, y en el artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, forma parte del derecho internacional público imperativo. Según las referidas disposiciones, ningún Estado podrá expulsar a un refugiado a las fronteras de 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. Además, está prohibido enviarlo a un Estado en cuyo territorio corra

<sup>1858</sup> Comisión de Derechos Humanos, resolución 1996/33, Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 19 de abril de 1996, párrafo 14 del preámbulo.

<sup>1859</sup> Resolución 52/132 de la Asamblea General, Derechos humanos y éxodos en masa, 12 de diciembre de 1997, párrafo 12 del preámbulo.

<sup>1860</sup> Comisión de Derechos Humanos, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención, informe presentado por el nuevo Relator Especial sobre la tortura, Sr. Theo van Boven, E/CN.4/2002/137, 26 de febrero de 2002, párr. 14.

el riesgo de ser sometido a torturas o tratos inhumanos o degradantes o a violaciones de los derechos humanos particularmente graves<sup>1861</sup>.

Actualmente, Suiza no puede liberarse de las obligaciones relacionadas con la no devolución retirándose de los tratados aplicables ni en virtud de ningún otro acto jurídico. Tales obligaciones no encuentran su fundamento en convenios que puedan denunciarse, sino que, según la doctrina y la jurisprudencia unánimes, derivan de normas de derecho internacional consuetudinario de carácter imperativo (*jus cogens*). La mayoría de los Estados, y en particular todos los de Europa Central y América del Norte reconocen que el principio de no devolución consagrado en el artículo 33 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados es un principio general del derecho consuetudinario que pertenece al derecho imperativo.”<sup>1862</sup>

### 3. Requisitos de procedimiento

875. La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados establece ciertos requisitos que deben observarse en el procedimiento de expulsión de un refugiado que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado, entre ellos 1) que la decisión se haya tomado conforme a los procedimientos legales vigentes<sup>1863</sup>; 2) el derecho del refugiado a presentar pruebas exculpativas; 3) la posibilidad de interponer recurso de apelación; y 4) el derecho a hacerse representar a efectos de la apelación. Las garantías procesales referentes a la presentación de pruebas para oponerse a la expulsión, la posibilidad de apelar la decisión de expulsión y la representación a estos fines podrán dejar de aplicarse cuando se opongan a ello “razones imperiosas de seguridad nacional”<sup>1864</sup>. El párrafo 2 del artículo 32 de la Convención establece lo siguiente:

“La expulsión del refugiado únicamente se efectuará, en tal caso, en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes. A no ser que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional, se deberá permitir al refugiado presentar pruebas exculpativas, formular recurso de apelación y hacerse representar a este efecto ante la autoridad competente o ante una o varias personas especialmente designadas por la autoridad competente.”

<sup>1861</sup> Suiza, Consejo Federal, Mensaje relativo a la iniciativa popular “por una regulación de la inmigración” de 20 de agosto de 1997, *Boletín Oficial Federal* 1997, vol. 4, pág. 441 y ss., en especial págs. 448 y 449 [original en francés].

<sup>1862</sup> Suiza, Consejo Federal, Mensaje relativo a las iniciativas populares “por una política de asilo razonable” y “contra la inmigración clandestina” de 22 de junio de 1994, *Boletín Oficial Federal* 1994, vol. 3, págs. 1471 y ss., en especial pág. 1486 [original en francés].

<sup>1863</sup> En *Ceskovic v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs*, Australia, Tribunal Federal, Sala General, 13 de noviembre de 1979, *International Law Reports*, vol. 73, E. Lauterpacht (ed.), C.J. Greenwood, págs. 627 a 634, un Tribunal australiano examinó si la expresión “procedimientos legales vigentes” del artículo 32 debía interpretarse según la jurisprudencia de los Estados Unidos y afirmó que “la definición de ‘procedimientos legales vigentes’ parecería estar conforme con el resto del párrafo citado [párrafo 2 del artículo 32] y que en esas circunstancias al solicitante se le habrían aplicado los procedimientos legales vigentes”. Así pues, no era preciso hacer referencia a definiciones externas cuando del texto de la Convención podía extraerse una definición precisa del significado de la expresión en su contexto.

<sup>1864</sup> “Al tratarse de una excepción, esta disposición está sujeta a una interpretación restrictiva”. *Commentary on the Refugee Convention 1951 (Articles 32 and 33)*, Atle Grahl-Madsen, 1963, publicado por la División de Protección Internacional de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 1997, párr. 8 *in fine*.



876. Las garantías aplicables en los casos en que se permite la expulsión del refugiado se examinan en el comentario de Robinson sobre la Convención, donde se afirma lo siguiente:

“El párrafo 2 establece garantías procesales en los casos en que se permite la expulsión. Una de ellas es el requisito de la ‘decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes’. Ello no supone que sea necesaria una decisión judicial, porque la ley puede prever un procedimiento administrativo. En lo esencial, la fórmula ‘procedimientos legales’ tan sólo significa que la decisión únicamente podrá adoptarse en la forma prevista por el derecho vigente en el país de que se trate: este principio se refleja claramente en la versión francesa del texto, que habla de una ‘décision rendue conformément à la procédure prévue par la loi’ (‘una decisión adoptada conforme al procedimiento previsto por la ley’). La siguiente garantía de este tipo es que se pongan a la disposición del refugiado a quien se acusa de constituir una amenaza para la seguridad nacional o el orden público las facilidades necesarias para presentar pruebas de que la acusación carece de fundamento o de que existe un error en la identidad, o cualquier otra prueba que permita exculparlo de la acusación. 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 apelación. 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 sólo podrá aplicarse raramente en casos muy excepcionales.”<sup>1865</sup>

877. En el caso *Pagoaga Gallastegui v. Minister of the Interior*, el Consejo de Estado de Francia examinó el derecho de un refugiado al que se iba a expulsar a que se le concediera una audiencia y a apelar con arreglo a la legislación nacional aplicable, en los términos siguientes:

“Con independencia del derecho a apelar la decisión de emitir una orden de deportación, que se recoge en las circunstancias previstas en la Ley de 25 de julio de 1952, antes de que se dicte la orden el refugiado debe ser oído por la Comisión Especial establecida ante el Prefecto en virtud del artículo 25 de la Disposición de 2 de noviembre de 1945. De ello se deduce que la decisión de emitir una orden de deportación no puede adoptarse normalmente conforme a la ley, salvo cuando se cumpla el procedimiento establecido en el artículo 3 del Decreto de 18 de mayo 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 Disposición de 2 de noviembre de 1945 en casos o circunstancias de máxima urgencia en que sea imposible posponer la

<sup>1865</sup> Nehemiah Robinson, nota 1827 *supra*, págs. 134 y 135. Véase también Atle Grahl-Madsen, nota 990 *supra*, párrs. 7 a 10.

ejecución de la orden de deportación hasta que se lleven a cabo las formalidades previstas en las disposiciones legales y reglamentarias anteriormente indicadas.”<sup>1866</sup>

#### 4. Salida

##### a) Posibilidad de solicitar la admisión en otro Estado

878. Al refugiado objeto de expulsión puede dársele la oportunidad de solicitar la admisión en otro Estado distinto de su Estado de origen antes de que se ejecute la decisión de expulsión.

879. La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados exige que al refugiado que se encuentre legalmente en el territorio del Estado se le conceda en caso de expulsión un plazo razonable para solicitar su admisión en otro Estado. El párrafo 3 del 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.”

880. Según se indica en el comentario de Robinson sobre la Convención, esa disposición se refiere al estatuto del refugiado una vez se ha adoptado en su contra una decisión definitiva de expulsión. Según dicho comentario, si bien la Convención no lo exige de forma explícita, al refugiado objeto de expulsión deben concedérsele las facilidades previstas en el párrafo 2 del artículo 31 de la Convención<sup>1867</sup>. Además, las medidas de orden interno que pueda adoptar el Estado parte durante ese periodo, no deberán imposibilitar que el refugiado obtenga la admisión en otro Estado.

“El párrafo 3 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’) 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

<sup>1866</sup> *Pagoaga Gallastegui v. Minister of the Interior*, Francia, Consejo de Estado, 27 de mayo de 1977, *International Law Reports*, vol. 74, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 430 a 444.

<sup>1867</sup> Esta disposición, que se ocupa de los refugiados que se encuentran ilegalmente en el territorio del 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.”

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 sólo puede adoptarse cuando el refugiado no puede abandonar el país por iniciativa propia.”<sup>1868</sup> [Se omiten las citas]

881. Según se observa en el comentario de Grahl-Madsen, la Convención no establece qué debe entenderse por “plazo razonable” a los efectos del párrafo 2 del artículo 32. Según jurisprudencia de 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 *Hodzie v. Land Rheinland-Pfalz*, un plazo de dos meses resulta demasiado breve.”<sup>1869</sup>

882. Según lo señalado asimismo por Grahl Madsen, esta disposición no se aplicaría cuando otro Estado estuviera obligado a readmitir al refugiado. En este caso, el refugiado podría ser expulsado de forma inmediata.

“La disposición no será aplicable cuando otro país de refugio esté obligado a admitir al refugiado, en cuyo caso podrá ser devuelto a dicho país inmediatamente.”<sup>1870</sup>

## b) Detención

883. El Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados ha indicado que la detención de un refugiado al que se va a expulsar debe tener carácter excepcional y no puede prolongarse indebidamente. En su conclusión No. 7 el Comité Ejecutivo:

“e) Recomendó que toda orden de expulsión sólo fuese acompañada de custodia o detención cuando fuese absolutamente necesario por motivos de seguridad u orden públicos y que tal custodia o detención no se prolongase indebidamente.”<sup>1871</sup>

## F. Personas apátridas

### 1. Motivos y otras consideraciones relativas a la decisión de expulsión

884. La expulsión de extranjeros apátridas que se encuentren presentes lícitamente en el territorio del Estado sólo está permitida por ciertos motivos específicos. La Convención sobre el Estatuto de los Apátridas dispone especial protección respecto de los apátridas que se hallen legítimamente presentes en el territorio del Estado, limitando los posibles motivos de su expulsión a los relacionados con la seguridad nacional o el orden público. El párrafo 1 del artículo 31 dispone lo siguiente:

“1. Los Estados Contratantes no expulsarán a apátrida alguno que se encuentre legalmente en el territorio de tales Estados, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público.”

<sup>1868</sup> Nehemiah Robinson, nota 1827 *supra*, págs. 135 y 136.

<sup>1869</sup> Atle Grahl-Madsen, nota 990 *supra*, párr. 11.

<sup>1870</sup> *Ibid.*

<sup>1871</sup> Conclusión No. 7, nota 1819 *supra*.

885. Por cuanto esta disposición es idéntica al párrafo 1 del artículo 32 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados el análisis que figura en la parte X.E respecto de los refugiados es aplicable, en general, a los apátridas.

886. Cabe señalar también la opinión expresada por el Instituto de Derecho Internacional en 1892. Según el Instituto:

“En principio un Estado no debe prohibir el acceso a su territorio ni la permanencia en él ni a sus súbditos ni a los que, tras haber perdido su nacionalidad en ese Estado, no hayan adquirido otra nacionalidad.”<sup>1872</sup>

887. Algunos tribunales nacionales han afirmado el derecho a expulsar a los apátridas por razones de seguridad nacional o de orden público<sup>1873</sup>, pero han reconocido también las dificultades prácticas propias de esas expulsiones<sup>1874</sup>. En la causa *Brozoza* el Tribunal de Apelaciones de Toulouse se refirió a la cuestión de la posibilidad de castigar a los apátridas por su incapacidad para dar cumplimiento a una orden de expulsión de la manera siguiente:

“Brozoza ha demostrado que no pertenece a país alguno y que ningún país tiene obligación de recibirlo, y que tiene un pasaporte de apátrida, el llamado pasaporte Nansen. Este documento sólo puede darse a un apátrida. La autoridad administrativa ha reconocido que Brozoza es un apátrida y que debe contar con los beneficios de las disposiciones favorables a esa clase de extranjero. La Convención de 28 de octubre de 1933 reconoce que la imposibilidad de que un apátrida salga del territorio constituye un caso de *fuera mayor* y excluye la imposición de castigo alguno.”<sup>1875</sup>

<sup>1872</sup> *Règles internationales*, nota 56 *supra*, artículo 2.

<sup>1873</sup> *Expulsion Order Case*, República Federal de Alemania, Suprema Corte Administrativa de Hesse, 13 de noviembre de 1968, *International Law Reports*, vol. 61, E. Lauterpacht (ed.), C.J. Greenwood, págs. 436 a 443 (“Los extranjeros como el recurrente que tienen estatuto jurídico de apátrida podrán ser expulsados por razones graves de orden público y de seguridad de conformidad con el artículo 11 *AuslG*. Esas razones graves prevalecen en el caso actual”).

<sup>1874</sup> Véase *George Talma et al. v. Minister of the Interior*, Estonia, Consejo de Estado, 14 de octubre de 1927, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1935-1937*, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 142, pág. 313 (“La base del derecho a expulsar a los extranjeros es el derecho a velar por la seguridad del país, derecho irrenunciable en cuanto a cualquier categoría de extranjeros. El hecho de que los individuos no posean pasaportes nacionales significa simplemente que no pueden ser deportados por la fuerza a ningún Estado determinado, y que más bien debe permitírseles que vayan al Estado que haya accedido a recibirlos”); *Brozoza’s Case*, Francia, Tribunal de Apelaciones de Toulouse, 9 de junio de 1937, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1935-1937*, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 139, págs. 308 a 310; *Keledjian Garabed v. Public Prosecutor*, Francia, Tribunal de Apelaciones de París, 30 de enero de 1937, recurrido ante el Tribunal de Casación; *Public Prosecutor v. Zinger*, Francia, Tribunal Correccional del Sena, 14 de noviembre de 1936, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1935-1937*, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 138, págs. 307 y 308, e *In re Kaboloeff*, Francia, Consejo de Estado, 8 de marzo de 1940, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1919-1942* (suplemento), H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 104, págs. 197 y 198.

<sup>1875</sup> *Brozoza’s Case*, Francia, Tribunal de Apelaciones de Toulouse, 9 de junio de 1937, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1935-1937*, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 139, págs. 308 a 310. Véase también *Public Prosecutor v. Zinger*, Francia, Tribunal Correccional del Sena, 14 de noviembre de 1936, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1935-1937*, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 138, págs. 307 y 308 (“A partir de ser liberado de la prisión el apátrida sin pasaporte por norma general está absolutamente imposibilitado de salir del territorio francés. A falta de disposiciones legislativas que dispongan otra cosa, este Tribunal no tiene otra posibilidad que condenar o absolver al acusado que consiguió entrar en Francia pero que no puede abandonar el país. Si se le condena

## 2. Requisitos de procedimiento

888. La Convención sobre el Estatuto de los Apátridas dispone algunos requisitos de procedimiento para la expulsión de una persona apátrida que se encuentre legítimamente en el Estado, incluida una decisión adoptada con las debidas garantías procesales, el derecho del apátrida a presentar pruebas en su descargo, una apelación ante una autoridad competente, y la representación a los efectos de la apelación. Las garantías procesales relativas a la presentación de pruebas contra la expulsión, la apelación de la decisión de expulsión y la representación con tal efecto pueden no ser aplicables en los casos en que haya razones de “seguridad nacional o de orden público”. El párrafo 2 del artículo 31 dispone lo siguiente:

“2. La expulsión del apátrida únicamente se efectuará, en tal caso, en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes. A no ser que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional, se deberá permitir al apátrida presentar pruebas en su descargo, interponer recursos y hacerse representar a este efecto ante la autoridad competente o ante una o varias personas especialmente designadas por la autoridad competente.”

889. Por cuanto esta disposición es idéntica al artículo 32 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, el análisis que figura en la parte X.E *supra* respecto de los refugiados puede aplicarse mutatis mutandis a los apátridas.

## 3. Salida

890. La Convención sobre el Estatuto de los Apátridas requiere que las personas apátridas que se hallen legítimamente presentes en el territorio del Estado cuenten con un plazo razonable en caso de expulsión para procurar su admisión legal en otro Estado. El Estado territorial puede imponer medidas internas, en caso necesario, durante ese período. El párrafo 3 del artículo 31 dispone lo siguiente:

“3. Los Estados Contratantes concederán, en tal caso, al apátrida 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.”

891. Por cuanto esta disposición es idéntica al párrafo 3 del artículo 32 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, el análisis que figura en la parte X.E respecto de los refugiados puede aplicarse mutatis mutandis a los apátridas.

---

deberá pasar gran parte de su existencia en detención y su posición seguirá siendo exactamente la misma del día de su liberación que el día de su encarcelamiento. Cuando se halle en prisión, hecho que no carece de interés, su mantenimiento correrá a cargo del contribuyente francés ... Como en realidad se trata de un delito que el acusado no pudo evitar cometer, el Tribunal, a falta de mejor recurso, estima que la mejor solución desde el punto de vista jurídico es ponerlo en libertad”). No obstante, véase *Public Prosecutor v. Jacovleff*, Francia, Tribunal de Apelaciones de París, 20 de julio de 1934, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1933-1934, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 137, págs. 331 y 332 (el peticionario no pudo demostrar que le era imposible salir de Francia). Véase *In re Kaboloeff*, Francia, Consejo de Estado, 8 de marzo de 1940, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1919-1942 (suplemento), H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 104, págs. 197 y 198 (aunque cabe reconocer que era imposible que Kaboloeff saliera del territorio francés, esa circunstancia no podía impedir que el Ministro de Defensa dictara la orden que fue recurrida).

## G. Ex nacionales

892. Ha habido casos en que los Estados han privado a sus nacionales de la nacionalidad y los han expulsado como extranjeros<sup>1876</sup>. La privación de nacionalidad con el objeto exclusivo de eludir una prohibición de expulsar nacionales que pueda existir en derecho interno o internacional puede considerarse ilícita<sup>1877</sup>. Esto puede plantear cuestiones relacionadas con el principio de buena fe o la prohibición del abuso de derecho. En una situación semejante, la Comisión Europea de Derechos Humanos concluyó que un Estado no podía negarse a conferir la nacionalidad cuando el único objeto era la expulsión del individuo<sup>1878</sup>.

893. La expulsión de ex nacionales puede requerir la consideración de la licitud de la privación de nacionalidad de un individuo antes de su expulsión en relación con 1) el estatuto de un individuo en tanto nacional o extranjero a los efectos de la expulsión; 2) la validez de los fundamentos de la posterior expulsión (que pueden estar relacionados con los fundamentos de la desnacionalización); 3) el Estado de la nacionalidad, si lo hay, que tiene la obligación de admitir a esa persona; 4) el destino de las personas que han pasado a tener la condición de apátridas por esa razón, y 5) la obligación de un Estado de recibir a sus nacionales expulsados de otro Estado.

<sup>1876</sup> “Existen numerosos ejemplos históricos de deportación de personas desnaturalizadas por la fuerza, aunque cabe esperar que esos hechos queden reclusos al pasado”, Ivan Anthony Shearer, *Extradition in International Law*, Manchester, University Press, 1971, pág. 76. “La expresión desnacionalización se utiliza para indicar toda privación de nacionalidad por un acto unilateral de un Estado, ya sea por decisión de las autoridades administrativas o por la aplicación de la ley. En este sentido, la desnacionalización no se refiere por tanto a los problemas jurídicos relacionados con la renuncia de la nacionalidad, esto es, la expatriación o pérdida de nacionalidad derivada de una renuncia deliberada del individuo, ni con la sustitución de nacionalidad, es decir, la pérdida automática de nacionalidad por adquisición de otra nacionalidad”, Rainer Hofmann, “Denationalization and forced exile”, 1991, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. I, 1992, págs. 1001 a 1107, en especial pág. 1001.

<sup>1877</sup> “En la medida en que está prohibido expulsar a nacionales, tal prohibición se extiende a los casos de desnacionalización, en cuya virtud un Estado primero priva a un individuo de su nacionalidad y luego procede a expulsarlo. De otra manera, la prohibición de la expulsión podría eludirse con facilidad”, Giorgio Gaja, nota 28 *supra*, pág. 292. “Un medio por el cual un Estado podría eludir su obligación de aceptar la repatriación de sus nacionales o de no expulsarlos sería privarlos de su ciudadanía”, Hurst Hannum, *The Right to Leave and Return in International Law and Practice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1997, pág. 61. Como se mencionó anteriormente, la expulsión de *nacionales* se halla fuera del ámbito del tema actual tal como ha sido enunciado. Véase la parte III.A.5.

<sup>1878</sup> “El párrafo 1 del artículo 3 del Protocolo No. 4, de 1963, del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 dispone lo siguiente: ‘Nadie será expulsado por medio de una medida individual o colectiva del territorio de un Estado del que sea nacional’. La Comisión Europea de Derechos Humanos decidió en 1970 que, aunque el Convenio no menciona el derecho a la nacionalidad, un Estado no puede negarse arbitrariamente a conferir la nacionalidad a un individuo que tenga derecho a ella, si la negativa tiene por único objeto la expulsión del individuo [*Case of X v. Federal Republic of Germany*, demanda 3745/68, 31, Recopilación de Decisiones de la Comisión 107, 110]”. Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, págs. 86 y 87.

## 1. Privación de nacionalidad

894. Da la impresión de que, según el derecho internacional, la posibilidad de privar a una persona de su nacionalidad es un asunto que en principio incumbe a la jurisdicción interna del Estado<sup>1879</sup>.

“La concesión o privación de una nacionalidad es el ejemplo clásico de un asunto que en principio compete a la jurisdicción interna de un Estado. Que así sea se desprende del carácter mismo de la nacionalidad en cuanto vínculo jurídico, político y social entre un individuo y un Estado. Pero por cuanto la nacionalidad es esencialmente una reivindicación de la jurisdicción respecto del nacional, y una jurisdicción que además no está limitada necesariamente a la presencia territorial, se desprende que tiene una dimensión internacional importante y que, por lo tanto, debe regirse en cierta medida por el derecho internacional. El grado de la dimensión de derecho internacional dependerá de las circunstancias particulares, así como de la etapa de desarrollo del derecho internacional.”<sup>1880</sup>

<sup>1879</sup> “La actual práctica y jurisprudencia no apoyan una norma general en el sentido de que la privación de nacionalidad sea ilegal”, Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, pág. 394 (se omiten las citas). “En la actualidad no puede ponerse en duda la competencia de los Estados para adoptar medidas de desnacionalización”, Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 7. “En principio, el derecho internacional no limita el poder del Estado de privar de su nacionalidad a una persona o de cancelársela a falta de obligaciones contraídas por tratado ...”. La nacionalidad, incluso la condición de apátrida, informe de Manley O. Hudson, Relator Especial, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1952, vol. II, A/CN.4/50, págs. 1 a 69, en especial pág. 23. “No cabe duda de que los Estados tienen derecho a prever en su legislación la pérdida de la nacionalidad de los nacionales residentes en su territorio y, en particular, de privarlos de su nacionalidad en forma unilateral”, Paul Weis, *Nationality and Statelessness in International Law*, 2ª ed., Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1979, pág. 125. “El derecho internacional consuetudinario actual no prohíbe la privación de nacionalidad por acción unilateral del Estado de la nacionalidad salvo el caso de la desnacionalización discriminatoria por motivos de raza o religión”, Rainer Hofmann, “Denationalization and forced exile”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 1001 a 1007, en especial pág. 1006. “En la medida en que el derecho internacional positivo no parece prohibir la desnacionalización, ésta seguirá constituyendo una causa importante de apatridia”, Peter A. Mutharika, *The Regulation of Statelessness under International and National Law*, New York, Oceana Publications, Inc., 1989, pág. 13 (se omite la cita).

<sup>1880</sup> Robert Y. Jennings, “International Law”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 2, 1995, págs. 1159 a 1178, en especial pág. 1175. “Se considera que la adquisición y la pérdida de la nacionalidad corresponden en principio al dominio de la jurisdicción interna exclusiva, y como tales no están sujetas al derecho internacional. Sin embargo, de los derechos y obligaciones que el derecho internacional confiere a los Estados se desprende que éstos deben comportarse de cierta manera al regular las cuestiones relativas a la nacionalidad”, Rainer Hofmann, “Denationalization and forced exile”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, 1992, págs. 1001 a 1007, en especial pág. 1001. “Todo Estado posee, en principio, competencia exclusiva para determinar las normas relativas a la adquisición y pérdida de su nacionalidad. No obstante, esta amplia discrecionalidad no es ilimitada, sino que está restringida por obligaciones derivadas de acuerdos con otros Estados y por los principios generales del derecho internacional”, Lawrence Preuss, “International Law and Deprivation of Nationality”, *Georgetown Law Journal*, vol. 23, 1934, págs. 250 a 276, en especial pág. 254 (se omiten las citas). Véase también Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, pág. 373 y ss., y John Fischer Williams, “Denationalization”, *British Yearbook of International Law*, vol. 8, 1927, págs. 45 a 61, en especial pág. 50.

895. La privación de la nacionalidad no puede regirse por una norma única de prohibición o discrecionalidad en virtud del derecho internacional como sugieren algunos autores. La licitud de la privación de nacionalidad dependerá de si entra en conflicto con las obligaciones conexas de un Estado con arreglo al derecho internacional según se examina a continuación:

“En relación con esta materia, los autores han declarado en ocasiones que la privación de nacionalidad, particularmente la desnacionalización de grupos, es ilegal. Hay que tratar el tema con cautela, ya que abundan las formulaciones generales que claramente no se ajustan a la práctica ni a la buena normativa. En los dos extremos se encuentran el punto de vista de que la desnacionalización es ilegal pura y simplemente y la opinión de que la desnacionalización entra dentro del margen de discrecionalidad que tienen los Estados respecto de la nacionalidad y, por lo tanto, es lícita. La situación dependerá en gran medida del contexto en que surja el tema, e incluso los que afirman la existencia de una norma que postula la ilegalidad difieren en cuanto a los motivos que justifiquen dicha norma. No obstante, los principios y la práctica actual apoyan en alguna medida ciertas posiciones o, por lo menos, no las contradicen. Si la privación es parte de una violación de una obligación internacional el acto de privación será ilegal. Si la privación no es parte de un acto delictual sino que simplemente implica la desnacionalización de grupos de ciudadanos domiciliados dentro de las fronteras de un Estado y que carecen de cualquier otro vínculo, entonces no existe delito, como ocurriría, por ejemplo, si se vieran obligados a tratar de entrar ilícitamente en Estados vecinos, pero la privación no puede ser reconocida por otros porque hace caso omiso de la doctrina del vínculo efectivo y constituye un intento de evitar las responsabilidades de la soberanía territorial y del Estado. No obstante, si las personas desnacionalizadas viajan al extranjero y establecen vínculos sólidos con otros Estados puede estar justificado que se acepte la pérdida de nacionalidad de su patria anterior. Esto no supone reconocer la ilegalidad sino aceptar el efecto de los cambios de hecho. Tal vez no cabe sorprenderse de que la práctica y la jurisprudencia actuales no apoyen una norma general de ilegalidad.”<sup>1881</sup>

896. La privación de nacionalidad por un Estado con arreglo a su jurisdicción interna puede estar sujeta a limitaciones conforme al derecho internacional<sup>1882</sup> en relación con: 1) la reducción de la apatridia; 2) la prohibición de la privación arbitraria de la nacionalidad; 3) el principio de no discriminación; 4) la evasión de las obligaciones internacionales, y 5) la privación colectiva o en masa de la nacionalidad<sup>1883</sup>. El derecho interno también puede disciplinar estas cuestiones.

#### a) Reducción de la apatridia

897. El derecho internacional relativo a la reducción de la apatridia puede limitar la capacidad de un Estado de privar a un individuo de su nacionalidad cuando esa

<sup>1881</sup> Ian Brownlie, “The Relations of Nationality in Public International Law”, *British Yearbook of International Law*, vol. 39, 1963, págs. 284 a 364, especial págs. 339 y 340 (se omiten las citas).

<sup>1882</sup> “Debe distinguirse entre la facultad de un Estado para desnacionalizar a sus ciudadanos, que se reconoce ampliamente ..., y la posibilidad de que esas medidas puedan no obstante violar las obligaciones internacionales de un Estado”, Hurst Hannum, *The Right to Leave and Return in International Law and Practice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, pág. 61.

<sup>1883</sup> La Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía consideró la licitud de la privación de nacionalidad en tiempo de guerra con arreglo al derecho internacional consuetudinario. Véase la parte X.H.1.



medida cree una situación de apatridia para él. Es importante observar que la privación de la nacionalidad no hace que la persona en cuestión pase a ser apátrida en todos los casos. El individuo puede haber conservado su nacionalidad inicial según el derecho interno del Estado en cuestión<sup>1884</sup>. Aunque la privación de nacionalidad dé como resultado un apátrida, puede no constituir una base suficiente para caracterizar la medida como una violación del derecho internacional<sup>1885</sup>.

898. El derecho a la nacionalidad ha sido reconocido en diversos instrumentos de derechos humanos<sup>1886</sup>. Ya en el decenio de 1890 se intentó prohibir la privación de

<sup>1884</sup> “No debe olvidarse al considerar las medidas relativas a los casos de *desnaturalización* que la revocación o cancelación de un certificado de naturalización no significa necesariamente convertir a una persona en ‘apatrida’ conforme al derecho internacional. Si la naturalización no implica la pérdida de la nacionalidad de origen según el derecho del Estado de origen, la desnaturalización significa más bien la corrección de una anomalía de derecho internacional mediante la destrucción en ese caso concreto de un supuesto de doble nacionalidad, aunque en realidad sólo se trate de corregir una anomalía con otra”, John Fischer Williams, “Denationalization”, *British Yearbook of International Law*, vol. 8, 1927, págs. 45 a 61, en especial pág. 48.

<sup>1885</sup> “Por norma general todo acto de desnaturalización en este sentido hace que la persona en cuestión sea apátrida a menos que tenga doble nacionalidad ... Hay, sin embargo, una tendencia cada vez mayor a reducir la apatridia supeditando la validez de las medidas de desnaturalización a la adquisición previa o simultánea de otra nacionalidad. No obstante, cabe subrayar que en derecho internacional no se prohíben las medidas estatales que dan como resultado la apatridia, ni siquiera en casos de desnaturalización masiva”, Rainer Hofmann, “Denationalization and forced exile”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 1001 a 1007, especial págs. 1001 y 1006. “En la medida en que la privación de la nacionalidad da como resultado la apatridia, debe considerarse regresiva y el hecho de que algunos Estados no consideren necesario (salvo algunas excepciones) prever la privación de nacionalidad sugiere que no hay un interés fundamental que la requiera”, Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, pág. 880 (se omiten las citas). “El derecho internacional no permite justificar la opinión de que la desnaturalización, en la medida en que da lugar a apatridia, es incompatible con el derecho internacional, como tampoco la opinión de que viola los derechos del individuo. La apatridia no es inadmisibles en derecho internacional, aunque puede considerarse inconveniente”, Paul Weis, *Nationality and Statelessness in International Law*, 2ª ed., Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1979, pág. 125. “Por lo tanto no es posible afirmar, como ocurriría si la normativa más razonable fuera la realmente vigente, que es jurídicamente imposible que un Estado desnaturalice a un individuo que por el acto de desnaturalización no adquiriera una nueva nacionalidad, por cuanto daría como resultado una violación del derecho internacional positivo en la forma de una persona sin nacionalidad”, John Fischer Williams, “Denationalization”, *British Yearbook of International Law*, vol. 8, 1927, págs. 45 a 61, en especial pág. 52.

<sup>1886</sup> La Declaración Universal de Derechos Humanos dispone lo siguiente en el párrafo 1 del artículo 15: “Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad”. Véase también la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 20 “Derecho a la nacionalidad” (“1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra. 3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla”); y la Convención sobre los Derechos del Niño, Nueva York, 20 de noviembre de 1989, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1577, No. 27531, pág. 3, artículo 7 (“1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de esos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”) y párrafo 1 del artículo 8 (“Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su

nacionalidad si no se adquiría en forma simultánea otra nacionalidad, impidiendo con ello la apatridia<sup>1887</sup>. La Convención para reducir los casos de apatridia prohíbe la privación de nacionalidad que dé como resultado la apatridia<sup>1888</sup> con sujeción a las excepciones relativas a la residencia permanente prolongada en el extranjero<sup>1889</sup>, la nacionalidad obtenida por fraude o declaración falsa<sup>1890</sup> o por motivos preexistentes de deslealtad, conducta gravemente perjudicial para los intereses esenciales del Estado o repudio de la lealtad debida al Estado con arreglo al derecho interno<sup>1891</sup>. La Convención requiere además que la privación de nacionalidad se ajuste a la ley y garantice el derecho a una audiencia imparcial ante un tribunal u otro órgano independiente<sup>1892</sup>.

## b) Prohibición de la arbitrariedad

899. La prohibición de la privación arbitraria de la nacionalidad se reconoce en algunos instrumentos de derechos humanos<sup>1893</sup>. La Declaración Universal de

---

identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”).

<sup>1887</sup> “Las sociedades avanzadas en materia de derecho internacional han adoptado numerosas resoluciones para prohibir la desnacionalización, vinculando nuevamente su admisibilidad con la adquisición simultánea de otra nacionalidad”, Rainer Hofmann, “Denationalization and forced exile”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. I, 1992, págs. 1001 a 1007, en especial pág. 1003. “Nadie puede perder su nacionalidad ni renunciar a ella a menos que justifique que reúne las condiciones requeridas para la admisión en otro Estado. Nunca se podrá imponer la desnacionalización como pena”, Résolutions adoptées par l’Institut de Droit international en séance du 29 septembre 1896, relativement aux conflits de lois en matière de nationalité (naturalisation et expatriation), artículo 6, *Annuaire de l’Institut de Droit international*, vol. 15, 1896, pág. 271 [original en francés]. “Nadie podrá perder su nacionalidad sin adquirir una nacionalidad extranjera”. *Institut de Droit international*, vol. 34, 1928, pág. 760, artículo 2 [original en francés]. Véase también “Proposed Nationality Rules in Connection with Statelessness”, *Transactions of the Grotius Society*, vol. 28, 1943, pág. 157, citado por Rainer Hofmann, “Denationalization and Forced Exile”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. I, 1992, págs. 1001 a 1007, en especial pág. 1003.

<sup>1888</sup> “Los Estados contratantes no privarán de su nacionalidad a una persona si esa privación ha de convertirla en apátrida”, Convención para reducir los casos de apatridia, Nueva York, 30 de agosto de 1961, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 989, No. 14458, pág. 179, artículo 8, párr. 1.

<sup>1889</sup> *Ibid.*, págs. 178 y 179, artículo 7, párrs. 4 y 5, y artículo 8, párr. 2, apartado a).

<sup>1890</sup> *Ibid.*, pág. 179, artículo 8, párr. 2, apartado b).

<sup>1891</sup> *Ibid.*, pág. 179, artículo 8, párr. 3.

<sup>1892</sup> “Los Estados contratantes solamente ejercerán la facultad de privar a una persona de su nacionalidad, en las condiciones definidas en los párrafos 2 ó 3 del presente artículo, en conformidad con la ley, la cual proporcionará al interesado la posibilidad de servirse de todos sus medios de defensa ante un tribunal o cualquier otro órgano independiente”, Convención para reducir los casos de apatridia, Nueva York, 30 de agosto de 1961, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 989, No. 14458, pág. 179, artículo 8, párr. 4. “Lo que caracteriza a los casos mencionados al comienzo del presente artículo es precisamente la falta de audiencia ante un tribunal para garantizar ese derecho, que en el mundo actual, compuesto de Estados soberanos, es un derecho muy importante, por no decir fundamental ... Si no se puede expulsar a un extranjero del territorio de un Estado sin que tenga derecho a defenderse, con mayor razón tendrá ese derecho un nacional que ha sido privado de su nacionalidad para facilitar su expulsión”. Niall MacDermot (ed.), “Loss of Nationality and Exile”, *The Review: International Commission of Jurists*, No. 12, 1974, págs. 22 a 27, en especial págs. 24 y 25.

<sup>1893</sup> “Una limitación final consiste en que la desnacionalización no puede violar obligaciones que el Estado desnacionalizante haya contraído por tratado. En ese caso son claramente pertinentes los diversos tratados multilaterales de derechos humanos, aunque si se considera exclusivamente el derecho a la nacionalidad más que el derecho a regresar al país propio sólo la Convención

Derechos Humanos dispone en el párrafo 2 del artículo 15, lo siguiente: “A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ...”<sup>1894</sup>. Se ha opinado que la privación de la nacionalidad con miras a la expulsión de una persona sería contraria a la prohibición de la privación arbitraria de la nacionalidad que figura en la Declaración Universal<sup>1895</sup>.

900. El párrafo 2 del artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone lo siguiente: “A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ...”. Se ha incluido el derecho a la nacionalidad en la enumeración de los derechos no derogables que figura en el artículo 20 de la misma Convención<sup>1896</sup>. Además, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha decidido que las desnacionalizaciones son contrarias al derecho a la nacionalidad<sup>1897</sup>.

901. La prohibición de la arbitrariedad parece indicar que el Estado debe tener un fundamento válido para la privación de la nacionalidad. Se ha indicado también que hay diversos fundamentos posibles para la privación de la nacionalidad conforme al derecho interno.

“Según la legislación de muchos Estados ciertas conductas de un nacional dan como resultado la privación de su nacionalidad. Las leyes de diversos Estados reconocen numerosos fundamentos para privar a una persona de su nacionalidad, como entrar al servicio civil o militar de un Estado extranjero sin permiso del Estado de su nacionalidad, votar en las elecciones políticas de un Estado extranjero, cometer actos de traición contra un Estado o desertar de sus fuerzas armadas, formular declaraciones falsas al solicitar la naturalización, residir de forma prolongada en el extranjero (en particular si se hace con el objeto de evadir obligaciones de servicio público) y naturalizarse en un Estado extranjero. No parece haber nada contrario al derecho internacional en que un Estado prive de la nacionalidad a sus nacionales por esos motivos.”<sup>1898</sup>

---

Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Universal de Derechos Humanos prohíben la privación arbitraria de la nacionalidad”, Hurst Hannum, *The Right to Leave and Return in International Law and Practice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, pág. 62 (se omite la cita).

<sup>1894</sup> Resolución 217 (III) de la Asamblea General, Carta Internacional de Derechos Humanos: Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948, artículo 15, párr. 2.

<sup>1895</sup> “Con arreglo a esa disposición se prohíbe que un Estado prive a una persona de su nacionalidad para a continuación expulsarla o que utilice posteriormente la privación como excusa para la expulsión”, Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, pág. 85 (en referencia al párrafo 2 del artículo 15 de la Declaración Universal).

<sup>1896</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 20, párr. 3, y artículo 27, párr. 2.

<sup>1897</sup> Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile, capítulo III, párrafo 19, OAS/Ser.L/V/II.40, documento 10, 11 de febrero de 1977.

<sup>1898</sup> Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim's International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, pág. 878 (se omiten las citas). “Hay múltiples motivos de desnacionalización comunes a diversos sistemas, aunque no puede decirse que exista una legislación uniforme”, Paul Weis, *Nationality and Statelessness in International Law*, 2ª ed., Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1979, pág. 118. A este respecto Weis observa que las legislaciones nacionales reconocen varios motivos para la desnacionalización, como por ejemplo: la falta de inscripción ante un representante diplomático o consular, el ingreso al servicio civil o militar extranjero, la aceptación de distinciones extranjeras, la deslealtad, la adquisición de la nacionalidad por fraude, la salida o la permanencia en el extranjero, la condena por ciertos tipos de delitos, actitudes o actividades políticas y motivos raciales y nacionales. Véase también Comisión de Derecho Internacional, Legislación nacional relativa a los motivos de pérdida de la

c) **Principio de no discriminación**

902. La privación de nacionalidad puede estar limitada también por el principio de no discriminación<sup>1899</sup>. La Convención para reducir los casos de apatridia prohíbe la desnacionalización por motivos raciales, étnicos, religiosos o políticos<sup>1900</sup>. Se ha sugerido que la prohibición de la desnacionalización discriminatoria por motivos raciales y religiosos ya es una norma aceptada de derecho internacional<sup>1901</sup>. Se ha señalado además que también puede estar prohibida la desnacionalización discriminatoria por otros motivos previstos en la Carta de las Naciones Unidas, a saber, por motivos de género o lingüísticos.

---

nacionalidad, memorando preparado por Ivan S. Kernó, A/CN.4/66, 6 de abril de 1953. Ese estudio se refiere a los siguientes motivos de desnacionalización: adquisición voluntaria de otra nacionalidad; entrada al servicio de las armas en otro Estado; aceptación de distinciones, pensiones, títulos u honores de otro Estado o ingreso en su servicio público; residencia en el extranjero por un período determinado; situación del nacional de un Estado que nace en el extranjero y que nunca viaja al país del que es nacional, reside en él o solicita la conservación de su nacionalidad después de determinado período de tiempo; aceptación de la doble nacionalidad; fraude o error en la naturalización; condena por un delito grave, así como diversas actividades o conductas en contra del orden público o la seguridad del Estado. Por el contrario, se ha observado que la privación de la nacionalidad sólo debe imponerse como pena por la comisión de un delito grave cuando esa pena se halle prevista en el derecho interno correspondiente. “Es evidente que la pérdida de nacionalidad es una pena que puede tener consecuencias graves para el individuo en cuestión. Pertenecer a un Estado, y tener su nacionalidad, es la base de muchos otros derechos y prerrogativas. Parece de justicia elemental que una pena que podría ser grave no pueda imponerse a menos que el individuo haya cometido algún delito grave para el que la ley contemple esa pena”, Richard Plender, “The Ugandan Crisis and the Right of Expulsion under International Law”, *The Review: International Commission of Jurists*, No. 9, 1972, págs. 19 a 32, en especial pág. 23. Véase un examen de la evolución histórica del derecho relativo a la desnacionalización, que inicialmente se utilizó “casi exclusivamente como sanción penal de ciertos delitos”, en Rainer Hofmann, “Denationalization and forced exile”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. I, 1992, págs. 1001 a 1007, en especial pág. 1001. No obstante, el Instituto de Derecho Internacional aprobó una resolución en 1896 en que se afirmaba que la desnacionalización no se podía aplicar jamás como una pena, “Résolutions adoptées par l’Institut de Droit international en séance du 29 septembre 1896, relativement aux conflits de lois en matière de nationalité (naturalisation et expatriation)”, artículo 6, *Annuaire de l’Institut de Droit international*, vol. 15, 1896, pág. 271 [original en francés].

<sup>1899</sup> “Una segunda limitación, tal vez aceptada más generalmente, es que después de 1945 no se puede utilizar la desnacionalización de manera contraria al principio general de no discriminación, que ha pasado a ser parte del derecho internacional consuetudinario”, Hurst Hannum, *The Right to Leave and Return in International Law and Practice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, pág. 62 (se omite la cita).

<sup>1900</sup> “Los Estados contratantes no privarán de su nacionalidad a ninguna persona o a ningún grupo de personas por motivos raciales, étnicos, religiosos o políticos”, Convención para reducir los casos de apatridia, Nueva York, 30 de agosto de 1961, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 989, No. 14458, en especial pág. 179, artículo 9.

<sup>1901</sup> “Por cuanto el principio de no discriminación por motivos raciales o religiosos se considera una norma del derecho internacional vigente, debe entenderse que la prohibición de la privación discriminatoria de la nacionalidad por motivos raciales o religiosos prevista en el artículo 9 limita la jurisdicción exclusiva de los Estados para retirar la nacionalidad ... Estudios semejantes acerca de la práctica pertinente de los Estados parecen demostrar que de hecho los Estados rara vez recurren a la desnacionalización por motivos raciales o religiosos, en tanto que la desnacionalización por motivos políticos parece seguir siendo un fenómeno bastante generalizado”, Rainer Hofmann, “Denationalization and forced exile”, en Rudolf Bernhardt (dir.) *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. I, 1992, págs. 1001 a 1007, en especial pág. 1004.

“Considerando que el principio de no discriminación reviste actualmente el carácter de norma de derecho internacional o de principio general del derecho, puede estimarse que la prohibición de la desnacionalización discriminatoria es una norma del derecho internacional general vigente. Esto se aplica desde luego a la discriminación por motivos raciales, que puede considerarse en contravención de una norma imperativa de derecho internacional, pero además, en opinión de este autor, a la discriminación por otros motivos mencionados en la Carta de las Naciones Unidas, a saber, el sexo, el idioma y la religión.”<sup>1902</sup>

903. En 1982 Suecia formuló una reclamación contra Polonia respecto de la desnacionalización y expulsión de nacionales polacos por considerar que tales medidas eran contrarias a la prohibición de discriminación racial, ya que muchos de los individuos eran gitanos.

“Existe un ejemplo reciente en el que un Estado protestó frente a otro por la expulsión y desnacionalización de sus nacionales. En marzo de 1982 el Ministro de Relaciones Exteriores sueco, Sr. Ola Ullsten, convocó al Embajador polaco en Estocolmo al Ministerio de Relaciones Exteriores y formuló una enérgica protesta contra la decisión de las autoridades polacas de expulsar a 45 polacos, 33 de ellos en el último mes, con destino a Suecia. La mitad de ellos fueron privados de la nacionalidad polaca y los demás fueron embarcados en el ferry a Ystad (Suecia) con documentos que impedían su regreso a Polonia. Muchos eran gitanos. El servicio exterior sueco declaró que era una discriminación racial manifiesta y el Ministro de Relaciones Exteriores manifestó que esa práctica entraba en conflicto con todas las normas que disciplinan las relaciones internacionales.”<sup>1903</sup>

#### d) Evasión de obligaciones internacionales

904. Se ha opinado que la privación de la nacionalidad de una persona por un Estado con el objeto de eludir sus obligaciones de derecho internacional puede ser ilícita en ciertas circunstancias.

“Los daños derivados de las actividades de personas en el territorio del Estado, ya sea que se trate de delincuentes nacionales o no, dan lugar a responsabilidad penal. Sin embargo, muchas obligaciones importantes de carácter concreto se establecen atendiendo a la nacionalidad de las personas ... Así pues, es evidente que la desnacionalización *ad hoc* puede servir para evadir esas obligaciones. En las circunstancias apropiadas, existiría responsabilidad por el quebrantamiento de una obligación si se demostrara que el retiro de la nacionalidad era en sí mismo parte de la conducta delictual, y contribuía a facilitar el resultado.”<sup>1904</sup>

<sup>1902</sup> Paul Weis, *Nationality and Statelessness in International Law*, 2ª ed. Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1979, pág. 125. “Una segunda limitación, tal vez aceptada más generalmente, es que después de 1945 no se puede utilizar la desnacionalización de manera contraria al principio general de no discriminación, que ha pasado a ser parte del derecho internacional consuetudinario”, Hurst Hannum, *The Right to Leave and Return in International Law and Practice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, pág. 62 (se omiten las citas).

<sup>1903</sup> Ruth Donner, *The Regulation of Nationality in International Law*, 2ª ed., Nueva York, Transnational Publishers, Inc., 1994, pág. 158 (en referencia a Hufvudstadsbladet, de 19 y 27 de marzo de 1982).

<sup>1904</sup> Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, pág. 387 (se omiten las citas). “Ahora bien, el derecho internacional claramente permite la

e) **Privación masiva de la nacionalidad**

905. El derecho internacional puede limitar además la capacidad de un Estado para imponer privaciones de la nacionalidad en masa o en gran escala<sup>1905</sup>. Aunque los orígenes de las desnacionalizaciones individuales se remontan a la antigua Roma, la desnacionalización en masa es un fenómeno relativamente reciente que ocurrió por primera vez a comienzos del siglo XX. Durante ese siglo algunos Estados recurrieron a la desnacionalización en masa por razones políticas o económicas como consecuencia de revoluciones, guerras o del proceso de descolonización. Llevaron a cabo desnacionalizaciones en masa la Unión Soviética en el decenio de 1920, Italia, en los decenios de 1920 y 1930, Alemania, en los decenios de 1930 y 1940, Checoslovaquia, en el decenio de 1940, Yugoslavia, en el mismo decenio, Uganda, en el decenio de 1960, y Sudáfrica, entre 1950 y 1970<sup>1906</sup>. Se ha observado que la práctica de la desnacionalización en masa fue lo que llevó a dudar de la validez de la desnacionalización desde el punto de vista del derecho internacional.

“Pero cuando ciertos Estados han recurrido a la desnacionalización en masa por motivos políticos, se ha afirmado que esta práctica es contraria al derecho internacional. Se ha dicho que esta actitud de los Estados es un abuso del derecho, porque es un acto del Estado del que son nacionales los perjudicados encaminado a eludir el deber de recibir a sus nacionales y, en consecuencia, impone una carga a otros Estados, o porque es incompatible con la noción de que el individuo tiene personalidad jurídica. [...] No es claro hasta

---

revocación de la nacionalidad en ciertas circunstancias, aunque el principio rector es que un Estado no ha de manipular su competencia a fin de eludir sus obligaciones internacionales”, Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978. Véase también Paul Weis, *Nationality and Statelessness in International Law*, 2ª ed., Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1979, págs. 123 y 124.

<sup>1905</sup> “De esta manera, la desnacionalización puede referirse a un individuo o a un grupo específico de individuos, y en este caso equivale a lo que se conoce como desnacionalización colectiva o en masa ...”, Rainer Hofmann, “Denationalization and forced exile”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 1001 a 1007, en especial pág. 1001. “Esa privación de la nacionalidad en gran escala plantea cuestiones más difíciles en cuanto a su compatibilidad con el derecho internacional y la medida en que la deben reconocer otros Estados, pero la tendencia ha sido considerar que esa desnacionalización provoca efectivamente la pérdida de la nacionalidad”, Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9ª ed., vol. I, Peace (partes 2 a 4), 1996, pág. 879 (se omiten las citas).

<sup>1906</sup> Rainer Hofmann, “Denationalization and forced exile”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 1001 a 1007, en especial págs. 1001 y 1002 (se omiten las citas). Las citas omitidas son las siguientes: Orden relativa a la ciudadanía de la Unión, de 29 de octubre de 1924, No. 202; Ley de ciudadanía de la Unión, de 13 de noviembre de 1925, No. 58; *Tcherniak v. Tcherniak*, Tribunal Federal Suizo, decisión de 15 de junio de 1928, Recopilación Oficial de Decisiones, vol. 54 II, pág. 225, Colección anual, 1927-1928, Causa No. 39; *Lempert v. Bonfol*, Tribunal Federal Suizo, decisión de 15 de junio de 1934, Recopilación Oficial de Decisiones, vol. 60 I, pág. 67, Colección anual 1933-1934, Causa No. 115; y *Bek-Marmatsheff v. Koutsnetskoff*, Francia, Tribunal del Sena, 7 de marzo de 1929, *Revue de Droit International Privé*, vol. 24, 1929, págs. 297 a 307. Véase también Yash P. Ghai, “Expulsion and Expatriation in International Law: The Right to Leave, to Stay and to Return”, *American Society of International Law Proceedings*, vol. 67, 1973, págs. 122 a 126, en especial pág. 126; Hans Von Mangoldt, “Stateless persons”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, 2000, págs. 656 a 660, en especial pág. 657, y Eckart Klein, “South African Bantustan Policy”, *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, 2001, págs. 477 a 480.

qué punto la desnacionalización en masa está prohibida por el derecho internacional.”<sup>1907</sup>

906. Las cuestiones jurídicas y las normas que parecen estar surgiendo respecto de la privación en masa o colectiva de la nacionalidad, en particular cuando va seguida de expulsión, han sido examinadas de la manera siguiente:

“Pese a la norma de derecho internacional que prohíbe ese tipo de expulsiones, ha habido algunos casos de expulsión de nacionales en forma individual o colectiva referidos a ciertas clases de ciudadanos. En varios de esos casos los Estados han recurrido a la práctica de privar a una persona de su nacionalidad a fin de eludir la norma que les prohíbe expulsar a sus nacionales. En tiempos muy recientes algunos países de África han recurrido a la expulsión en gran escala de sus nacionales de origen asiático.

Hay excepciones a la norma que prohíbe a un Estado expulsar o deportar a sus propios nacionales o que impide privar a un ciudadano de su nacionalidad antes de que se dicte una orden de deportación. Por ejemplo, en el caso de la persona naturalizada que obtuvo su ciudadanía mediante fraude o falsificación de datos, y que además ha realizado actividades perjudiciales para el Estado en violación del juramento de lealtad prestado en el momento de la naturalización, un Estado puede dictar una orden de expulsión o deportación después de privar a esa persona de su nacionalidad ...

Hay una norma que está surgiendo en derecho internacional en el sentido de que la expulsión por un Estado de gran número de sus habitantes es una violación de las normas internacionales de derechos humanos y de las obligaciones relativas a las relaciones de amistad entre los Estados. La expulsión en masa de los nacionales de un Estado constituye una violación flagrante de la norma que prohíbe las expulsiones individuales. Una expulsión en masa impone una pesada carga para los vecinos del Estado que expulsa, y puede incluso provocar un conflicto armado, como en el caso del Pakistán oriental, en el que una corriente de personas hacia la India dio como resultado una intervención militar de la India y la creación de Bangladesh. El derecho internacional está evolucionando para impedir ese tipo de situaciones peligrosas antes de que sea demasiado tarde. La prohibición de la expulsión en masa de ciudadanos constituye un progreso, y sería equitativo que el derecho internacional impusiera una obligación al Estado que expulsa de compensar al país anfitrión de los miles e incluso millones de personas expulsadas, especialmente cuando el anfitrión es un país pobre en desarrollo.

Esta norma emergente procede más de las normas internacionales de derechos humanos convencionales y consuetudinarias aplicables en otras

<sup>1907</sup> La nacionalidad, incluso la condición de apátrida, informe de Manley O. Hudson, Relator Especial, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1952, vol. II, A/CN.4/50, págs. 1 a 69, en especial págs. 23 y 24. “En el caso de la desnacionalización en masa, por otra parte, se ha debatido mucho en cuanto a la coherencia de esa medida estatal con el derecho internacional. En algunos casos la práctica estatal no ha reconocido la validez en derecho internacional de las privaciones de nacionalidad soviéticas y nazis. Sin embargo, la opinión y la práctica dominantes, parecen seguir el principio de que la nacionalidad de una persona debe estar determinada de conformidad con el derecho interno del Estado en cuestión, por lo que no se niega la validez en derecho internacional de las desnacionalizaciones arbitrarias”, Hans Von Mangoldt, “Stateless persons”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 4, 2001, págs. 656 a 660, en especial pág. 657.

esferas que de las normas relativas a los refugiados. El surgimiento de teorías de la responsabilidad del Estado refleja el deseo de la comunidad internacional de frenar las corrientes de refugiados y de sentar las bases para que los Estados compartan las responsabilidades. No obstante, no existe un mecanismo internacional para aplicar esos principios salvo en situaciones especiales, como el trato dispensado por el Iraq a su población de origen curdo y shiita después de la guerra del Golfo.”<sup>1908</sup>

#### f) Derecho interno

907. Los sistemas jurídicos internos varían con respecto a la medida en que se puede privar a un nacional de su nacionalidad y a las justificaciones de ese tipo de medidas<sup>1909</sup>. Si bien el derecho interno de algunos Estados regula la privación de la nacionalidad<sup>1910</sup>, el de otros no prevé esa posibilidad<sup>1911</sup>; asimismo, hay normas que prohíben esa práctica o la limitan a los individuos que han adquirido la nacionalidad por naturalización y no por nacimiento<sup>1912</sup>.

<sup>1908</sup> Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies In Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, págs. 87 y 88.

<sup>1909</sup> “En tanto algunos Estados carecen de normas sobre desnacionalización en sus ordenamientos internos, otros han introducido algunos motivos reglamentarios que son comunes a muchos sistemas jurídicos. No obstante, no se puede hablar de legislación uniforme, ni puede considerarse que esos motivos gocen de aceptación universal ... Entre estos motivos se incluyen: el ingreso al servicio civil o militar de una potencia extranjera o la aceptación de distinciones extranjeras; la salida o los viajes al extranjero; la condena por ciertos delitos; actitudes o actividades políticas, y motivos raciales y nacionales”, Rainer Hofmann, “Denationalization and forced exile”, 1991, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier, Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 1001 a 1007, en especial pág. 1001. “Además de la desnacionalización en masa, en la mayoría de las legislaciones internas se dan casos de desnacionalización individual ya sea como castigo o por aplicación de la ley. Algunos motivos del primer tipo pueden ser evadir el servicio militar, ocupar un cargo político en un gobierno extranjero sin la autorización del gobierno propio, negarse a prestar servicios a un gobierno extranjero después de que lo haya pedido el gobierno propio y realizar actividades en desmedro de la seguridad interna o externa del país propio. Entre los motivos del segundo tipo cabe citar la residencia prolongada en el extranjero”, Peter A. Mutharika, *The Regulation of Statelessness under International and National Law*, Nueva York, Oceana Publications, Inc., 1989, pág. 13 (se omiten las citas).

<sup>1910</sup> “Por regla general los sistemas jurídicos internos prevén la privación de la nacionalidad en ciertas circunstancias, y la práctica actual de los Estados no abunda en favor de una norma general que prohíba esas medidas”, Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pág. 8. “Tampoco el derecho o los motivos del Estado para desnacionalizar se encuentran limitados a los casos de nacionalidad adquirida por naturalización”, John Fischer Williams, “Denationalization”, *British Yearbook of International Law*, vol. 8, 1927, págs. 45 a 61, en especial pág. 53.

<sup>1911</sup> “Algunos Estados no cuentan en su legislación con ninguna disposición sobre privación de nacionalidad. Esos Estados son: China, Colombia, Dinamarca, Etiopía, Japón, Liechtenstein, (salvo que se haya adquirido con fraude), Noruega, República Federal de Alemania, Siam, Suecia, Uruguay y el Vaticano”, Paul Weis, *Nationality and Statelessness in International Law*, 2ª ed., Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1979, pág. 118.

<sup>1912</sup> “Otros Estados sólo prevén la privación de nacionalidad de los súbditos naturalizados (desnaturalización), por ejemplo, Gran Bretaña y los otros Estados miembros del Commonwealth ... y Venezuela”, Paul Weis *Nationality and Statelessness in International Law*, 2ª ed., Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1979, pág. 118. “Con arreglo al derecho de algunos Estados, las autoridades tienen facultades más amplias para privar de su nacionalidad a quienes la hayan adquirido por naturalización (desnaturalización) que a quienes sean nacionales por nacimiento”. La nacionalidad, incluso la condición de apátrida, informe de Manley O. Hudson, Relator Especial, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1952, vol. II,



908. El derecho interno de algunos Estados prevé la expulsión por la pérdida de la ciudadanía del Estado cuando no se establece por separado el derecho del extranjero a permanecer o residir en el Estado<sup>1913</sup>. Un Estado puede asimismo expulsar a ex nacionales que hayan renunciado a su ciudadanía por razones que el Estado no apruebe<sup>1914</sup>.

## 2. Motivos y otras consideraciones relativas a la decisión de expulsión

### a) Motivos

909. Cabe señalar la opinión expresada por la Asociación de Derecho Internacional, en cuya virtud la desnacionalización y la denegación de ciudadanía con arreglo al *jus sanguinis* a una persona nacida en el país no son fundamento válido en sí mismo para la expulsión de esa persona.

“Ni la desnacionalización ni la denegación de la ciudadanía con arreglo al *jus sanguinis* a personas nacidas en el Estado receptor podrían ser invocadas como fundamento legítimo en sí mismo para la deportación, la expulsión o el rechazo del regreso.”<sup>1915</sup>

### b) Destino

#### i) Expulsión del Estado de la anterior nacionalidad

910. La expulsión del ex nacional de su antiguo Estado de nacionalidad puede presentar un problema en cuanto a la admisibilidad en otro Estado si la persona es apátrida<sup>1916</sup>. A falta de un Estado de la nacionalidad, puede que ningún Estado tenga la obligación de admitir a esa persona o esté dispuesto a hacerlo.

#### ii) Expulsión por un tercer Estado

911. La expulsión de un ex nacional de un tercer Estado plantea problemas semejantes. En ese caso puede ser necesario considerar si el Estado de la nacionalidad anterior tiene la obligación de admitir a sus ex nacionales. El derecho de una persona a regresar a su propio país con arreglo a los instrumentos

---

A/CN.4/50, págs. 1 a 69, en especial pág. 23. “En cuarto lugar, la práctica de África oriental indica que no existe una protección efectiva contra la privación de la ciudadanía y, por lo tanto, contra el surgimiento de una categoría de personas apátridas. La legislación interna de esos países [los países de África oriental, Kenya, Tanzania y Uganda] prohíbe a los gobiernos privar a sus ciudadanos de la nacionalidad adquirida por nacimiento. Sin embargo, en relación con los que están inscritos o naturalizados ... los gobiernos pueden privarlos de la ciudadanía sin dar razón alguna y no parece que exista ningún mecanismo de revisión o apelación. No cabe duda de que la práctica en África oriental atenta contra la Convención para reducir los casos de apatridia”, Yash P. Ghai, “Expulsion and Expatiation in International Law: The Right to Leave, to Stay, and to Return”, *American Society of International Law Proceedings*, vol. 67, 1973, págs. 122 a 126, en especial pág. 126.

<sup>1913</sup> Argentina, Ley de 2004, artículo 62 a); Bosnia y Herzegovina, Ley de 2003, artículo 57 1) d); Canadá, Ley de 2001, artículo 40 1) d); Japón, Decreto de 1951, artículo 22-2, y Estados Unidos, INA, artículo 246 b).

<sup>1914</sup> Estados Unidos, INA, artículo 212 a) 10) E).

<sup>1915</sup> Asociación de Derecho Internacional, Declaration of principles of international law on mass expulsion, 62ª conferencia de la ADI, Seúl, 24 a 30 de agosto de 1986, *Conference Report 1986*, págs. 13 a 18, en especial pág. 17, Principio 15.

<sup>1916</sup> “Hay acuerdo general en que un Estado no puede, ya sea mediante deportación o desposesión de la nacionalidad, obligar a ningún otro Estado a recibir a uno de sus nacionales cuando desea expulsarlo de su propio territorio”, John Fischer Williams, “Denationalization”, *British Yearbook of International Law*, vol. 8, 1927, págs. 45 a 61, en especial pág. 61. Véase la parte X.F.

correspondientes de derechos humanos puede interpretarse ampliamente de manera que incluya al anterior Estado de la nacionalidad<sup>1917</sup>. Además, el Estado de la anterior nacionalidad puede tener la obligación de 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<sup>1918</sup>. Por otra parte, la privación de la nacionalidad de una persona que se halla presente en el territorio de un tercer Estado ha sido descrita como un abuso de poder o un *excès de pouvoir* por la carga impuesta al Estado territorial respecto de la permanencia del extranjero dentro de sus fronteras<sup>1919</sup>.

<sup>1917</sup> Véase *infra*.

<sup>1918</sup> “Debe hacerse una distinción entre la facultad de los Estados de privar de la nacionalidad a una persona y los efectos de esta privación en relación con el deber del Estado de garantizar a sus nacionales el derecho a la residencia y de recibirlos en su territorio. Se ha alegado que este derecho subsiste después de la privación de la nacionalidad”. La nacionalidad, incluso la condición de apátrida, informe de Manley O. Hudson, Relator Especial, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1952, vol. II, A/CN.4/50, págs. 1 a 69, en especial pág. 24. “Un autor afirma que ‘existe la opinión generalizada ... de que un Estado no puede eludir unilateralmente su obligación de admisión privando a sus nacionales de la nacionalidad. Pese a la expatriación, esa obligación sigue vigente al menos en la medida en que la persona interesada no haya adquirido otra nacionalidad’. Weis concuerda en que este es ‘el argumento más serio en favor de la pretendida norma’ contraria a la desnacionalización, aunque no está del todo convencido”, Hurst Hannum, *The Right to Leave and Return in International Law and Practice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, pág. 62 (citando a H. F. Van Panhuys, *The Role of Nationality in International Law* (1959), pág. 57), (en referencia a Paul Weis, *Nationality and Statelessness in International Law*, 2ª ed., Alphen aan den Rijn, Sijhoff y Noordhoff, 1976, pág. 45. “En el caso de la desnacionalización, es decir, la privación de la nacionalidad, persiste la obligación de readmisión tras la pérdida de la nacionalidad”, S. K. Agrawala, *International Law Indian Courts and Legislature*, Bombay, N. M. Tripathi Private Ltd., 1965, pág. 104. “Aunque el derecho internacional reconoce la obligación de un Estado de admitir a sus nacionales que han sido expulsados del territorio de otro Estado, hay dudas de si esa obligación existe respecto de los ex nacionales, especialmente respecto de las personas que han perdido su nacionalidad por un acto unilateral del Estado de que se trate. Se ha argumentado que, por cuanto los Estados no tienen obligación de autorizar a los extranjeros a residir en su territorio, la buena fe del Estado que hubiera admitido a un extranjero en la creencia de que el Estado de su nacionalidad lo readmitiría en caso de ser expulsado se vería burlada si esa obligación se extinguiera por una desnacionalización posterior (Fischer Williams, Lessing, Preuss). Un examen de la práctica de los Estados, incluida la práctica de los tratados, indica, sin embargo, que el derecho internacional consuetudinario no impone al Estado de la anterior nacionalidad una obligación de readmisión. Esto quedó de manifiesto en las actas de la Conferencia de Codificación de La Haya de 1930 relativa a la nacionalidad (Actas de la Conferencia de La Haya para la Codificación del Derecho Internacional, vol. 2, Minuta de la Primera Comisión: Nacionalidad, LoN Doc. No. C.351 (a).M.145 (a).1930.V) y explica la existencia de los tratados de repatriación (por ejemplo, la Convención entre Bélgica y los Países Bajos relativa a la asistencia y repatriación de personas indigentes, de 15 de mayo de 1936, LNTS, vol. 179, pág. 141)”, Rainer Hofmann, “Denationalization and forced exile”, *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 1001 a 1007, en especial pág. 1005. “Cabe señalar sin embargo que la obligación de un Estado de readmitir a las personas expulsadas de esa manera se limita a los nacionales; la obligación no se extiende a las personas que han sido privadas de su nacionalidad. De ahí que los Estados puedan privar a sus propios nacionales de la ciudadanía o nacionalidad y proceder luego a expulsarlos como extranjeros. Los intentos de prohibir esta práctica, que con frecuencia provoca la apatridia, no han tenido éxito”, Hans Kelsen, *Principles of International Law* (revisado y editado por Robert W. Tucker), 2ª ed., Holt, Rinehart y Winston, Inc. 1966, pág. 373, nota 73 (se omite la cita).

<sup>1919</sup> “Cuando el exilio o la expulsión va seguido de la privación de la nacionalidad esa privación puede adquirir el carácter de abuso de derecho o *excès de pouvoir*, porque la condición de la persona privada de nacionalidad cambia de la de extranjero a la de apátrida en el territorio del Estado receptor”, Ruth Donner, *The Regulation of Nationality in International Law*, 2ª ed., Nueva York, Transnational Publishers, Inc., 1994, pág. 153. Algunos Estados han tratado de

912. Como se examinó anteriormente<sup>1920</sup>, el derecho de las personas a ingresar o regresar a *su propio país* está reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>1921</sup>, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>1922</sup>, y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>1923</sup>. Por el contrario, ese derecho se reconoce respecto del *Estado de la nacionalidad* en el Protocolo No. 4 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales<sup>1924</sup> y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>1925</sup>.

913. El Comité de Derechos Humanos ha examinado el significado de la oración “su propio país” que figura en el párrafo 4 del artículo 12 del Pacto Internacional. En su Observación general No. 27, el Comité de Derechos Humanos indicó que la oración “su propio país” es más amplia que la expresión “país de la nacionalidad” por cuanto incluye situaciones en que una persona, aunque no sea nacional de un país, tenga “relaciones estrechas y duraderas” con él. El Comité de Derechos Humanos expresó la opinión de que la privación de la nacionalidad no despoja a una persona del derecho de entrar en su propio país<sup>1926</sup>.

---

manipular la aplicación de sus leyes de nacionalidad con el objeto de frustrar la repatriación de nacionales mediante la desnacionalización, pero por lo general la comunidad internacional ha condenado esas medidas, en ocasiones en virtud de la doctrina del “abuso de derecho”, David A. Martin, “The Authority and Responsibility of States” en T. Alexander Aleinikoff y V. Chetail (eds.), *Migrations and International Legal Norms*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003, págs. 31 a 45, en especial pág. 41.

<sup>1920</sup> Véase la parte VII.C.1 b).

<sup>1921</sup> Resolución 217 (III) de la Asamblea General, Carta Internacional de Derechos Humanos: Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948, artículo 13, párr. 2): “ Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”.

<sup>1922</sup> Resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966, artículo 12, párr. 4): “Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país”.

<sup>1923</sup> Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Nairobi, 27 de junio de 1981, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1520, No. 26363, artículo 12, párr. 2), pág. 248: “Todo individuo tendrá derecho a salir de cualquier país, incluido el suyo, y a retornar a su propio país. Este derecho sólo está sujeto a las restricciones estipuladas por la ley para la protección de la seguridad nacional, la estabilidad pública, la salud pública o las buenas costumbres”.

<sup>1924</sup> Protocolo No. 4 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, véase la nota 55 *supra*, artículo 3, párr. 2): “Ninguna persona podrá ser privada del derecho a entrar en el territorio del Estado del que es nacional”. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha reconocido el derecho de entrar en el Estado de la nacionalidad de la manera siguiente: “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 41/74, sentencia del Tribunal de Justicia [1974] E.C.R. 1337, [1975] 1 C.M.L.R. 1, 18, 4 de diciembre de 1974 (este asunto se refería a la libertad de circulación a efectos de empleo más que a la expulsión).

<sup>1925</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, 22 de noviembre de 1969, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1144, No. 17955, artículo 22, párr. 5, pág. 151: “Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo”.

<sup>1926</sup> “De esta manera, la desnacionalización en sí misma puede no constituir una violación de las normas internacionales de derechos humanos en su estado actual ... No obstante, en los casos en que la desnacionalización sea arbitraria y vaya acompañada de expulsión o denegación del derecho al retorno, bien puede violar principios de derecho internacional relativos a la supremacía territorial de los Estados, así como derechos humanos individuales”, Hurst Hannum, *The Right to Leave and Return in International Law and Practice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, págs. 62 y 63. “Algunos Estados-nación utilizan los decretos de desnacionalización para denegar el derecho a ingresar a sus propios nacionales”, “Remarks by Lung-Chu Chen”, *ASIL Proceedings*, vol. 87, 1973, págs. 127 a 132, en especial pág. 131.

“20. En el texto del párrafo 4 del artículo 12 no se hace diferencia entre nacionales y extranjeros (‘nadie’). Así pues los titulares de ese derecho sólo pueden determinarse interpretando las palabras ‘su propio país’. [Se omite una cita.] 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 en 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 regreso a su propio país por la vía de despojarla de su nacionalidad o de expulsarla a un tercer país.”<sup>1927</sup>

914. El rechazo del Estado de la nacionalidad anterior 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 persona<sup>1928</sup>.

“La expulsión efectiva de un extranjero normalmente requiere la cooperación por aquiescencia del Estado del que es nacional. Así, en general se considera que dicho 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 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 por que su país de origen lo ha privado de la

<sup>1927</sup> Comité de Derechos Humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), Observación general No. 27: Libertad de circulación (artículo 12), 2 de noviembre de 1999, párrs. 20 y 21.

<sup>1928</sup> “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 (refiriéndose a la obligación de un Estado de recibir a sus ex nacionales que sean 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 los gobiernos ceda”, Niall MacDermot (ed.), “Loss of Nationality and Exile”, *The Review: International Commission of Jurists*, No. 12, 1974, págs. 22 a 27, en especial pág. 23.

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.”<sup>1929</sup>

915. Los artículos 1 y 2 del Protocolo Especial de 1930 sobre la apatridia se refieren a la obligación de un Estado de admitir a sus ex nacionales que sean apátridas de la manera siguiente:

“1. 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;

- i) Si es indigente en forma permanente ya sea como resultado de una enfermedad incurable o por cualquier otro motivo; o
- ii) 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 de cargo del país que hace la solicitud.”<sup>1930</sup>

916. El Instituto de Derecho Internacional expresó también la opinión de que un Estado no puede negar el acceso a sus ex nacionales que han quedado apátridas. En 1892 el Instituto aprobó la disposición 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.”<sup>1931</sup>

## H. Extranjeros enemigos

917. La expresión “extranjero enemigo” puede emplearse para hacer referencia a los extranjeros que son nacionales de los Estados enfrentados durante un conflicto

<sup>1929</sup> Charles Cheney Hyde, *International Law, Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, vol.1, 2ª ed. rev., Boston, Little Brown and Company, 1947, págs. 231 y 232 (se omiten las citas). “Además, hay acuerdo general en que un Estado está obligado a readmitir en sus fronteras a toda persona que posea su nacionalidad o que sea uno de sus ‘residentes’. En ese caso, se desprende que, si bien el derecho internacional positivo no prohíbe que un Estado interrumpa unilateralmente la relación de nacionalidad en lo que se refiere a una persona, aunque el afectado no posea ni adquiera otra nacionalidad, dicho Estado no puede privar de la nacionalidad de manera de liberarse de la obligación internacional que debe a los demás Estados de readmitir a una persona desnacionalizada que no ha adquirido otra nacionalidad, si fuera expulsada como extranjero del Estado en que se encontraba”, John Fischer Williams, “Denationalization”, *British Yearbook of International Law*, vol. 8, 1927, págs. 45 a 61, en especial pág. 61.

<sup>1930</sup> Protocolo especial sobre la apatridia, La Haya, 12 de abril de 1930, *International Legal Materials*, vol. 13, 1974, pág. 1. El artículo 2 dispone, entre otras cosas, 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”.

<sup>1931</sup> *Règles internationales*, nota 56 *supra*, artículo 2 [original en francés].

armado<sup>1932</sup>. En tales situaciones es cuando resulta más probable que tenga lugar la expulsión de extranjeros, en especial de grandes cantidades de extranjeros<sup>1933</sup>.

## 1. Privación de la nacionalidad

918. La posible relación entre privación de la nacionalidad y expulsión fue examinada en la parte III.A.6. Ahora se analizan las normas de derecho internacional relativas a la privación de la nacionalidad en el contexto de un conflicto armado.

919. La Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía consideró si la privación de la nacionalidad en el contexto del surgimiento de un nuevo Estado y un conflicto armado configuraba una violación del derecho internacional. La Comisión señaló que esta cuestión no se regía por el derecho internacional humanitario ni por un tratado aplicable entre los Estados durante la guerra. Por consiguiente, la Comisión consideró la cuestión con arreglo al derecho internacional consuetudinario relativo a la privación de la nacionalidad en tiempo de guerra.

920. La Comisión consideró los requisitos sustantivos para la privación de la nacionalidad con arreglo al derecho internacional consuetudinario. La Comisión aplicó la prohibición de la privación arbitraria de la nacionalidad reconocida en el artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Para determinar si la privación de la nacionalidad había sido *arbitraria* en casos concretos, la Comisión consideró varios factores, entre los que figuraban los siguientes: “si la medida tenía un fundamento jurídico; si tenía como resultado que algunas personas se convirtieran en apátridas, y si había razones legítimas para tomarla, habida cuenta de la totalidad de las circunstancias”<sup>1934</sup>.

921. La Comisión consideró también los requisitos de procedimiento para la privación de la nacionalidad con arreglo al derecho internacional consuetudinario. La Comisión concluyó que en principio el procedimiento debería asegurar a las personas afectadas lo siguiente: información adecuada sobre las actuaciones; la oportunidad de presentar sus argumentos ante un órgano de decisión objetivo, y la oportunidad de interponer un recurso ante un órgano externo objetivo<sup>1935</sup>.

922. La Comisión consideró esos requisitos sustantivos y de procedimiento en el contexto de las circunstancias excepcionales constituidas por el surgimiento de un nuevo Estado seguido del estallido de una guerra. La Comisión señaló que Etiopía había “organizado y puesto en práctica un sistema en que se aplicaban criterios razonables para detectar a personas determinadas con doble nacionalidad que se estimara que planteaban amenazas a su seguridad en tiempo de guerra”<sup>1936</sup>. La Comisión comprobó que la privación de la nacionalidad de las personas detectadas mediante ese proceso no había sido arbitraria ni contraria al derecho internacional

<sup>1932</sup> “El estallido de la guerra convierte en extranjeros enemigos a los respectivos súbditos de los beligerantes”. Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, Nueva York, The Banks Law Publishing Co., 1915, pág. 61.

<sup>1933</sup> “El poder de expulsión o deportación debe considerarse un poder extraordinario que sólo debe ejercerse en circunstancias excepcionales. Salvo en tiempo de guerra o peligro inminente, los Estados por lo común ejercen los poderes de expulsar y deportar a los extranjeros con bastante moderación”. Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, págs. 89 y 90.

<sup>1934</sup> *Partial Award, Civilians Claims, Eritrea's Claims 15, 16, 23 & 27-32*, Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, La Haya, 17 de diciembre de 2004, párr. 60 citado in extenso *infra*.

<sup>1935</sup> *Ibid.*, párr. 71 citado *infra*.

<sup>1936</sup> *Ibid.*, párr. 72 citado in extenso *infra*.

en las circunstancias excepcionales del tiempo de guerra. En otros casos, en los que no se había seguido el proceso mencionado, se determinó que la privación de la nacionalidad de las personas de que se trataba había sido ilegítima.

923. La Comisión tuvo en cuenta las consideraciones especiales que pueden aplicarse en tiempo de conflicto armado que entrañe un cambio en el territorio de un Estado con respecto a la posible amenaza para la seguridad nacional del Estado planteada por la presencia de personas con doble nacionalidad que fueran nacionales del Estado territorial y asimismo nacionales de un Estado enfrentado a él. Mientras que la presencia de dichos extranjeros en el territorio de una parte en el conflicto puede constituir motivo suficiente para privarlos de la nacionalidad del Estado territorial, lo mismo puede no ser cierto con respecto a las personas con doble nacionalidad que estén presentes en el territorio de un Estado que no sea parte en el conflicto.

924. La Comisión también tuvo en cuenta las dificultades prácticas que pueden surgir cuando se trata de cumplir los requisitos de procedimiento para la privación de la nacionalidad, como el de la notificación adecuada, en tiempo de guerra. De todos modos, la Comisión determinó que en algunos casos la privación de la nacionalidad había sido ilegítima, porque no se habían cumplido las garantías de procedimiento necesarias, como la posibilidad de recurso, cuya ausencia no se podía justificar ni siquiera por las exigencias de la guerra.

925. La Comisión aplicó en la forma siguiente los requisitos sustantivos y de procedimiento para la privación de la nacionalidad en las circunstancias excepcionales de tiempo de guerra en relación a distintas categorías de personas:

“39. *El referéndum de 1993 y sus consecuencias jurídicas.* Las cuestiones clave de esta reclamación radican en el surgimiento del nuevo Estado de Eritrea, en particular el referéndum de abril de 1993 sobre la independencia de Eritrea. En resumen, Eritrea alegaba que, después de la iniciación de la guerra, Etiopía había privado ilícitamente a miles de ciudadanos etíopes de origen eritreo de su ciudadanía etíope y los había expulsado, todo ello en violación del derecho internacional. Etiopía respondió que los expulsados habían adquirido voluntariamente la nacionalidad eritrea, la mayoría de ellos por reunir las condiciones para participar en el referéndum de 1993, y al hacerlo habían renunciado a su nacionalidad etíope con arreglo a la legislación de Etiopía. Etiopía sostuvo además que todos los expulsados también habían cometido otros actos que justificaban que se los considerara como amenazas a la seguridad de Etiopía. [...]

57. Ni el derecho internacional humanitario ni ningún tratado aplicable entre las partes durante la guerra se refiere a la pérdida de la nacionalidad ni a la situación de las personas con doble nacionalidad en tiempo de guerra. Con respecto al derecho internacional consuetudinario, Etiopía sostuvo que este ordenamiento daba a cada Estado discrecionalidad para privar de su nacionalidad a sus nacionales si éstos adquirían una segunda nacionalidad. Por su parte, Eritrea destacó el derecho de toda persona a una nacionalidad, expresado en el artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en particular el derecho a no ser privado arbitrariamente de la nacionalidad. Eritrea sostuvo que los expulsados no habían adquirido la nacionalidad eritrea, y por lo tanto resultaban ilegítimamente convertidos en apátridas por las acciones de Etiopía.

58. La Comisión concuerda con ambas partes en relación con la pertinencia de las normas de derecho consuetudinario que citan. Sin embargo, aún falta resolver el problema de aplicarlas en las circunstancias del presente

caso. La cuestión que la Comisión tiene ante sí radica en determinar si las acciones de Etiopía fueron ilícitas en las circunstancias inusuales de la creación del nuevo Estado de Eritrea seguida por el estallido de la guerra entre Eritrea y Etiopía. [...]

60. Con respecto a la argumentación de Eritrea, la Comisión también reconoce que el derecho internacional limita el poder de los Estados de privar a las personas de su nacionalidad. A este respecto, la Comisión asigna particular importancia al principio expresado en el párrafo 2 del artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, según el cual 'a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad'. Para evaluar si la privación de la nacionalidad fue arbitraria, la Comisión consideró varios factores, entre ellos, si la medida tenía un fundamento jurídico; si tenía como resultado que algunas personas se convirtieran en apátridas, y si había razones legítimas para tomarla, habida cuenta de la totalidad de las circunstancias.

61. En cuanto al fundamento jurídico de la acción de Etiopía, en el expediente no figuraba ninguna proclamación ni documento análogo en que constara la decisión de cancelar la nacionalidad etíope de las personas afectadas, pero los abogados indicaron que ello se hacía con arreglo a la ley de Etiopía de 1930 sobre la nacionalidad, una ley de larga data comparable a las leyes de muchos otros países, según la cual la nacionalidad etíope se pierde cuando un etíope adquiere otra nacionalidad. Ninguna de las partes ha señalado ninguna otra ley de Etiopía en la que pudiera haberse basado la decisión por Etiopía de privar de su nacionalidad a un etíope. Por consiguiente, la Comisión acepta que todas las privaciones de la nacionalidad etíope a que se refieren las reclamaciones de Eritrea fueron dispuestas sobre la base de dicha ley.

62. Si la ley de nacionalidad de Etiopía se aplicase correctamente de conformidad con sus términos, sólo podrían resultar afectadas las personas con doble nacionalidad, y dicha ley, por sí misma, no podría tener el resultado de convertir a persona alguna en apátrida. Sin embargo, habida cuenta de que Etiopía no aplicó dicha ley hasta determinado momento en 1998 con respecto a sus nacionales que habían adquirido la nacionalidad eritrea entre 1993 y 1998, no podría excluirse la posibilidad de que algunas personas que hubiesen adquirido la nacionalidad eritrea posteriormente la hubiesen perdido y por lo tanto hubiesen resultado convertidos en apátridas por la acción de Etiopía. Tal vez sería más probable un resultado de apatridia si Etiopía hubiese cometido error al determinar que uno de sus nacionales había adquirido la nacionalidad eritrea cuando, en realidad, no hubiese sido así. Era mucho más probable que ese lamentable resultado hubiese ocurrido con respecto a nacionales etíopes no residentes en Etiopía, pero podría haber ocurrido incluso con respecto a etíopes residentes en Etiopía. Las pruebas indican que Etiopía parece haber cometido por lo menos algunos errores en este proceso. Si bien Eritrea no puede reclamar por la pérdida sufrida por las personas que hayan sido víctimas de dichos errores, Etiopía debe indemnizar a Eritrea por los daños que le hayan causado tales errores.

63. Aún resta que la Comisión considere los motivos de las acciones de Etiopía en la medida en que afectaron a personas con doble nacionalidad a la luz de las circunstancias de hecho del surgimiento del nuevo Estado de Eritrea y del conflicto armado entre ambos Estados. Etiopía sostuvo que no podía calificarse de arbitraria e ilícita a la decisión que adoptó en tiempo de guerra de privar de la nacionalidad etíope a cualquier persona que, en los cinco años



anteriores, hubiese optado por obtener la nacionalidad del Estado enemigo. Eritrea sostuvo que no había pruebas de que las personas privadas de su nacionalidad etíope constituyesen una amenaza para la seguridad de Etiopía, y que era arbitrario que Etiopía, que había alentado a las personas a participar en el referéndum sin advertirles acerca de la posible incidencia en su nacionalidad etíope, las privase de la nacionalidad etíope por haberlo hecho.

64. La Comisión examinará por separado las reclamaciones de Eritrea en relación con varios grupos privados de su nacionalidad etíope. [...]

[Personas con doble nacionalidad privadas de su nacionalidad etíope y expulsadas por razones de seguridad.]

71. La privación de la nacionalidad es un asunto grave que tiene consecuencias importantes y duraderas para las personas afectadas. En principio, debería adoptarse al término de procedimientos en los cuales las personas afectadas reciban información adecuada en relación con las actuaciones, pudiesen presentar sus argumentos a un órgano de decisión objetivo, y puedan interponer un recurso ante un órgano externo objetivo. El proceso seguido por Etiopía frecuentemente no estuvo a la altura de esos requisitos. El proceso era apresurado. A los detenidos no se les daba una notificación escrita, y algunos de ellos afirmaron que nunca se les dijo qué estaba ocurriendo. Etiopía sostuvo que los detenidos podían presentar oralmente una solicitud de liberación ante los agentes de seguridad. El expediente contiene algunas declaraciones de personas que fueron liberadas, pero también comprende declaraciones de testigos etíopes de alto rango que sugieren que hubo muy pocas apelaciones. Algunos declarantes alegan que fueron privados de la nacionalidad etíope y expulsados aún cuando no reunían los requisitos para votar en el referéndum ni cumplían los demás criterios de selección de Etiopía.

72. A pesar de las limitaciones del proceso, el expediente también demuestra que Etiopía estaba enfrentada a una situación excepcional. Estaba en guerra con Eritrea. Miles de etíopes que tenían vínculos personales y étnicos con Eritrea habían tomado medidas para adquirir la nacionalidad eritrea. Algunos de ellos participaban en grupos que apoyaban al Gobierno de Eritrea y frecuentemente actuaban en nombre de él. En respuesta, Etiopía ideó y puso en práctica un sistema en el que se aplicaban criterios razonables para identificar a aquellas personas con doble nacionalidad que se estimaba que planteaban una amenaza para su seguridad en tiempo de guerra. Habida cuenta de las circunstancias excepcionales de tiempo de guerra, la Comisión determina que la pérdida de la nacionalidad etíope después de haber sido identificado mediante ese proceso no fue arbitraria y contraria al derecho internacional. Se desestiman las reclamaciones de Eritrea a este respecto.

73. *Personas con doble nacionalidad que optaron por salir de Etiopía e ir a Eritrea.* Hubo numerosas personas con doble nacionalidad que decidieron salir de Etiopía durante la guerra e ir a Eritrea. La cantidad total es incierta. Etiopía contó 21.905 familiares que acompañaron a las personas expulsadas por razones de seguridad. Otros se fueron por avión o por otros medios. Si bien muchas de estas personas, pero no todas ellas, eran parientes de las personas expulsadas por razones de seguridad, la Comisión reconoce que, cualesquiera hayan sido sus motivos personales, el hecho de que una persona con la doble nacionalidad de dos beligerantes hostiles optase por salir del territorio de uno e ir al del otro mientras estaban en guerra entre sí constituía un acto grave que no podía dejar de tener consecuencias. La Comisión decide

que la terminación de la nacionalidad etíope de esas personas no fue arbitraria y no constituyó una violación del derecho internacional.

74. Personas con doble nacionalidad que permanecieron en Etiopía: ‘personas con tarjeta amarilla’. Es un hecho no controvertido que una considerable cantidad de otras personas con doble nacionalidad permanecieron en Etiopía durante la guerra, que Etiopía las privó de su nacionalidad etíope y, en agosto de 1999, las obligó a presentarse y registrarse como extranjeras y obtener un permiso de residencia. En la convocatoria de agosto de 1999 para registrarse se disponía que ‘todo eritreo de 18 años de edad o más, que haya adquirido la nacionalidad eritrea al participar en el referéndum sobre la independencia de Eritrea o en fecha posterior’ debía presentarse y registrarse. Quienes no cumplieran ‘serán consideradas personas ilegales que han entrado ilícitamente en el país y serán tratadas como tales con arreglo a la ley’.

75. Las personas que se registraban recibían tarjetas de identidad para extranjeros distinguidas por su color amarillo, y en la audiencia se hizo referencia a ellas como las ‘personas con tarjeta amarilla’. La cantidad de personas afectadas fue controvertida. ... Cualquiera fuera la cantidad de personas afectadas, no había pruebas que indicaran que las personas con doble nacionalidad comprendidas en este grupo amenazaban la seguridad de Etiopía o que sugiriesen otras razones para privarlas de su nacionalidad etíope. No hubo ningún proceso para identificar a las personas que requiriesen una consideración especial, ni posibilidades aparentes de presentación de recursos o apelaciones. Considerando que ello afectaba al derecho a beneficios tales como la propiedad de tierras y las licencias comerciales, así como a los pasaportes y otros documentos de viaje, la Comisión determina que esta privación de la nacionalidad etíope en gran escala a personas que permanecían en Etiopía fue, habida cuenta de las circunstancias, arbitraria y contraria al derecho internacional.

76. *Personas con doble nacionalidad que estaban en un tercer país o que salieron de Etiopía para ir a un tercer país.* Eritrea también sostuvo que una cantidad indeterminada de personas que según lo determinado por la Comisión eran personas con doble nacionalidad estaban presentes en otros países cuando Etiopía determinó que ya no serían aceptadas como nacionales etíopes. Del mismo modo que respecto de las ‘personas con tarjeta amarilla’, no hay pruebas que indiquen que se pudiera presumir razonablemente que esas personas, por su sola presencia en un tercer país, constituyesen una amenaza para la seguridad, ni que hubiesen sido objeto de una determinación de que constituían una amenaza potencial mediante un proceso individualizado de evaluación. Además, el único medio de que disponían para impugnar el trato de que eran objeto consistía en presentarse ante las misiones diplomáticas o consulares de Etiopía en el extranjero, y existen pruebas que indican que quienes lo hicieron en procura de clarificación o asistencia no obtuvieron respuesta. La Comisión determina que los miembros de este grupo también fueron arbitrariamente privados de su ciudadanía etíope en violación del derecho internacional.

77. *Personas con doble nacionalidad que estaban en Eritrea.* El expediente no indica cuántas personas con doble nacionalidad estaban en Eritrea cuando comenzó la guerra en mayo de 1998 y en el tiempo inmediatamente posterior, cuando Etiopía privó de la nacionalidad etíope a las personas con doble nacionalidad eritrea y etíope, pero la Comisión debe

presumir que había algunas. Si bien no sería justo presumir que la sola presencia en Eritrea era prueba de que tales personas con doble nacionalidad constituían un riesgo para la seguridad, la Comisión determina que los riesgos evidentes y la imposibilidad de ponerse en contacto con ellas en las condiciones de tiempo de guerra hicieron que dicha privación no fue arbitraria ni ilícita por otros motivos.

78. *Personas con doble nacionalidad expulsadas por otras razones.* Si bien Etiopía afirmó que no se había expulsado a nadie más que a aquellos titulares de la nacionalidad eritrea que se hubiese determinado que constituían un riesgo para la seguridad mediante el proceso anteriormente descrito, las pruebas producidas demuestran que una cantidad desconocida, pero considerable, de personas con doble nacionalidad fueron expulsadas sin haber pasado por ese proceso. En particular en los pueblos más pequeños y en las zonas agrícolas próximas a la frontera, las autoridades locales hicieron redadas que abarcaron la mayoría de las personas con doble nacionalidad, o a todas ellas, y las forzaron a ir a Eritrea por razones que no se pueden determinar. También hay pruebas que sugieren que esas expulsiones comprendieron a algunas personas con doble nacionalidad que eran parientes de personas que habían sido expulsadas por constituir riesgos para la seguridad y que tal vez hayan comprendido a algunas personas con doble nacionalidad que eran expulsadas contra su voluntad. La Comisión determina que la terminación de la nacionalidad etíope de todas esas personas fue arbitraria e ilícita.”<sup>1937</sup>

926. El laudo de la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía determinó que Etiopía era responsable ante Eritrea por “las siguientes violaciones del derecho internacional consistentes en actos u omisiones de sus funcionarios civiles, personal militar u otras personas por cuya conducta es responsable”:

“1. Por privar erróneamente de su nacionalidad etíope al menos a algunos etíopes que no tenían doble nacionalidad;

2. Por privar arbitrariamente de su nacionalidad etíope a personas con doble nacionalidad que permanecieron en Etiopía durante la guerra;

3. Por privar arbitrariamente de su nacionalidad etíope a personas con doble nacionalidad que se encontraban en un tercer país durante la guerra;

4. Por privar arbitrariamente de su nacionalidad etíope a personas con doble nacionalidad que eran expulsadas a Eritrea sin haber sido objeto del procedimiento de examen relacionado con la seguridad de Etiopía; [...]

6. Por permitir la expulsión forzosa a Eritrea de algunos familiares de personas expulsadas que no tenían la nacionalidad eritrea.”<sup>1938</sup>

## 2. Motivos y otras consideraciones relativas a la decisión de expulsión

### a) Motivos

927. Un Estado puede expulsar a extranjeros enemigos en tiempo de guerra sin necesidad de considerar los motivos que normalmente se exigirían para la expulsión de extranjeros en tiempo de paz<sup>1939</sup>. La existencia de la guerra constituye motivo

<sup>1937</sup> Ibid., párrs. 39, 57, 58, 60 a 64 y 71 a 78 (se omiten las citas).

<sup>1938</sup> Ibid., págs. 37 y 38.

<sup>1939</sup> “Las razones por las cuales los extranjeros pueden ser expulsados en tiempo de guerra difieren de las que son justificables en tiempo de paz. En tiempo de guerra, se estima que un Estado beligerante

suficiente para la expulsión de extranjeros enemigos<sup>1940</sup>. Los demás motivos pueden ser pertinentes para considerar la expulsión de extranjeros que no sean nacionales de los Estados enfrentados en el conflicto armado y por consiguiente no tienen la calidad de “extranjeros enemigos”.

928. En el caso *Lacoste*, el Tribunal Arbitral reconoció los “grandes y extraordinarios poderes” de un Estado para expulsar a los extranjeros enemigos en tiempo de conflicto armado.

“Lacoste reclama asimismo daños y perjuicios por haber sido sometido a detención, prisión y trato duro y cruel y haber sido expulsado del país. [...] En lo tocante a la expulsión del reclamante del país, debe recordarse que, debido a la invasión francesa, el Presidente de México estaba investido de grandes y extraordinarios poderes; y si bien en general dichos poderes no deben ser ejercidos para la expulsión de extranjeros sin que medien causas justificadas, el caso es distinto cuando el extranjero es por nacimiento compatriota de los invasores y oculta, como parece haberlo ocultado el reclamante, el hecho de que había adoptado como su país a los Estados Unidos.”<sup>1941</sup>

#### b) Consideraciones de derechos humanos

929. Como se indicó anteriormente, la Corte Internacional de Justicia ha reconocido que “La protección que brindan las convenciones de derechos humanos no cesa en caso de conflicto armado, salvo en virtud de las disposiciones sobre suspensión, como la que figura en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”<sup>1942</sup>.

930. La Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía consideró los estándares de derechos humanos aplicables en tiempo de conflicto armado. La Comisión concluyó que el artículo 75 del Protocolo Adicional I establecía un estándar mínimo de derechos humanos para todas las personas como parte del derecho internacional

---

tiene derecho a expulsar a todos los extranjeros enemigos que se encuentren dentro de su territorio. En tiempo de paz, en cambio, sólo se puede expulsar a los extranjeros en interés del orden o el bienestar públicos o por razones de seguridad interna o externa del Estado”. Shigeru Oda, “Legal Status of Aliens”, en Max Sørensen (dir.), *Manual of Public International Law*, Nueva York, St. Martin’s Press, 1968, págs. 481 a 495, en especial pág. 482 (en referencia a *Boffolo Ctm* (Italia-Yugoslavia), 10 *RIAA*, 528). “Además de los motivos económicos y sociales de indeseabilidad, el fundamento de las órdenes de expulsión ha estado constituido frecuentemente por razones políticas, especialmente la guerra”. Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, Nueva York, The Banks Law Publishing Co., 1915, pág. 52.

<sup>1940</sup> “No se necesita dar otra razón que la existencia de la guerra”. Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, Nueva York, The Banks Law Publishing Co., 1915, pág. 61 (en referencia a *De Rijn* (México) v. U.S., 4 de julio de 1868, Moore’s Arb. 3348). “Las exigencias de la guerra pueden justificar la acción de un beligerante de expulsar de su territorio a los extranjeros cuya presencia en él no se consideraría, en circunstancias normales, peligrosa para la seguridad del Estado o gravemente nociva para su bienestar. El solo hecho de la guerra basta para excusar la expulsión de los extranjeros que sean nacionales del enemigo en caso de que el soberano territorial estime conveniente tomar esa medida. Los Estados Unidos han invocado ese derecho, y necesariamente han reconocido que también lo poseen los demás beligerantes”. Charles 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. 235 (se omiten las citas).

<sup>1941</sup> *Lacoste v. Mexico* (Comisión Mexicana), laudo de 4 de septiembre de 1875, 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.

<sup>1942</sup> *Legal Consequences of the Construction of the Wall in the Occupied Palestinian Territory* (opinión consultiva), *I.C.J. Reports 2004*, pág. 41 de la opinión consultiva (párr. 106). Véase la parte III.D, así como la parte VII.B.7.

consuetudinario. Dicho estándar mínimo se aplicaría a los extranjeros enemigos que estuvieran sujetos a expulsión y que no se beneficiaran de un trato más favorable con arreglo al derecho internacional humanitario.

“30. La Comisión considera que el artículo 75 del Protocolo I refleja en particular importantes principios consuetudinarios. El artículo 75 articula las garantías fundamentales aplicables a todas ‘las personas que estén en poder de una Parte en conflicto y que no disfruten de un trato más favorable en virtud de los Convenios o del presente Protocolo’. Por consiguiente, se aplica incluso al trato que una Parte dé a sus propios nacionales. Esas garantías son la quintaesencia de los derechos humanos básicos más importantes en tiempo de guerra. Habida cuenta de su naturaleza humanitaria fundamental y de su correspondencia con los principios generalmente aceptados en materia de derechos humanos, la Comisión considera que esas normas forman parte del derecho internacional humanitario consuetudinario.

31. El artículo 75 del Protocolo I ‘funciona como una “red de seguridad” jurídica que garantiza un estándar mínimo de derechos humanos para todas las personas que no disfruten de protección por otros motivos’. Confirma el derecho de dichas personas a ser ‘tratadas humanamente en cualquier circunstancia ... sin ningún tipo de distinción negativa basada en ... el origen ... nacional o en otros criterios análogos’. El artículo reafirma asimismo importantes derechos de carácter procesal de las personas sujetas a detención, prisión o internación. Deben ser informadas sin demora de las razones que han motivado esas medidas; posteriormente deben ser liberadas ‘lo antes posible y en todo caso en cuanto desaparezcan las circunstancias que hayan justificado la detención, la prisión o el internamiento’.”<sup>1943</sup>

931. No todas las disposiciones contenidas en el artículo 75 serían pertinentes respecto de la expulsión de extranjeros enemigos (por ejemplo, los párrafos 4 y 7 relativos a los enjuiciamientos penales). En cambio, pueden ser pertinentes las disposiciones del artículo 75 relativas al trato humano, la no discriminación, la detención y las condiciones de la privación de libertad. A este respecto, el artículo 75 dispone lo siguiente:

“1. Cuando se encuentren en una de las situaciones a que hace referencia el artículo 1 del presente Protocolo, las personas que estén en poder de una Parte en conflicto y que no disfruten de un trato más favorable en virtud de los Convenios o del presente Protocolo serán tratadas en toda circunstancia con humanidad y se beneficiarán, como mínimo, de la protección prevista en el presente artículo, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión o las creencias, las opiniones políticas o de otro género, el origen nacional o social, la fortuna, el nacimiento u otra condición o cualesquiera otros criterios análogos. Cada Parte respetará la persona, el honor, las convicciones y las prácticas religiosas de todas las personas.

2. Están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar los actos siguientes, ya sean realizados por representantes civiles o militares:

<sup>1943</sup> *Partial Award, Civilians Claims, Eritrea's Claims 15, 16, 23 & 27-32*, Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, La Haya, 17 de diciembre de 2004, párrs. 30 y 31 (primera oración del párrafo 31, en referencia a *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, pág. 281 (Dieter Fleck (ed.), 1995)).

a) Los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular: i) el homicidio; ii) la tortura de cualquier clase, tanto física como mental; iii) las penas corporales; y iv) las mutilaciones;

b) Los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor;

c) La toma de rehenes;

d) Las penas colectivas; y

e) Las amenazas de realizar los actos mencionados.

3. Toda persona detenida, presa o internada por actos relacionados con el conflicto armado será informada sin demora, en un idioma que comprenda, de las razones que han motivado esas medidas. Salvo en los casos de detención o prisión por una infracción penal, esa persona será liberada lo antes posible y en todo caso en cuanto desaparezcan las circunstancias que hayan justificado la detención, la prisión o el internamiento. [...]

5. Las mujeres privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado serán custodiadas en locales separados de los ocupados por los hombres. Su vigilancia inmediata estará a cargo de mujeres. No obstante, las familias detenidas o internadas serán alojadas, siempre que sea posible, en un mismo lugar, como unidad familiar.

6. Las personas detenidas, presas o internadas por razones relacionadas con el conflicto armado disfrutarán de la protección otorgada por el presente artículo, incluso después de la terminación del conflicto armado, hasta el momento de su liberación definitiva, repatriación o reasentamiento. [...]

8. Ninguna de las disposiciones del presente artículo podrá interpretarse de manera que pueda limitar o infringir cualquier otra disposición más favorable y que ofrezca a las personas comprendidas en el párrafo 1 una mayor protección en virtud de otras normas aplicables del derecho internacional.”<sup>1944</sup>

#### i) Derechos de la familia

932. La Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía consideró los derechos de la familia, incluidos los derechos del niño, con respecto a la expulsión de extranjeros enemigos en tiempo de conflicto armado. La Comisión señaló que el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos brindaban protección a la familia y a los niños. Sin embargo, la Comisión también señaló con pesar que esa protección no era absoluta en tiempo de guerra. La Comisión concluyó que los casos en que se produjo la separación de las familias y de los niños de sus progenitores no infringían el derecho internacional porque eran insuficientes las pruebas de *un cuadro de frecuentes casos* de separación de familias por la fuerza o de inadecuada protección de los niños *en conexión con los procesos de detención y expulsión*. La Comisión expresó lo siguiente:

“154. El derecho internacional humanitario impone a los beligerantes claros deberes con respecto a la protección de los niños y la integridad de las familias. El artículo 27 del Convenio IV de Ginebra, por ejemplo, dispone que

<sup>1944</sup> Protocolo Adicional I, nota 192 *supra*, artículo 75 – Garantías fundamentales.

todas las personas protegidas tienen derecho, en todas las circunstancias, a que sus derechos familiares sean respetados. Sin embargo, tanto el derecho internacional humanitario como el derecho de los derechos humanos, en los que Eritrea hizo hincapié, también reconocen que, lamentablemente, en tiempo de guerra no es posible asegurar la protección absoluta de la familia. Si bien el artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño dice que los niños no deben ser separados de sus padres contra la voluntad de éstos, también reconoce que la separación puede producirse, en el curso de un conflicto armado, a raíz de la detención o la deportación de uno de los padres del niño, o de ambos. Frente a las realidades de la guerra, el artículo 24 del Convenio IV de Ginebra prevé medidas especiales de protección para los niños menores de quince años que estén separados de su familia o hayan quedado huérfanos:

‘Las Partes en conflicto tomarán las oportunas medidas para que los niños menores de quince años que hayan quedado huérfanos o que estén separados de su familia a causa de la guerra no queden abandonados, y para que se les procuren, en todas las circunstancias, la manutención, la práctica de su religión y la educación; ésta será confiada, si es posible, a personas de la misma tradición cultural.’

Brinda una ulterior orientación el artículo 38 de la Convención de los Derechos del Niño, que dispone que las partes ‘adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado’. [...]

157. La Comisión ha estado preocupada por las cuestiones atinentes a la protección de la familia a lo largo de estos procedimientos, y en la audiencia procuró clarificar las posiciones de las partes y la naturaleza y la calidad de las pruebas. Habiendo examinado el expediente completo, la Comisión está convencida de que Eritrea no logró probar un cuadro de casos frecuentes de separación forzosa de familias o de incumplimientos del deber de asegurar la protección de los niños en relación con los procesos de detención y expulsión llevados a cabo en Etiopía. En el expediente no faltan ejemplos preocupantes de separación forzosa de niños pequeños de sus padres ni de familias enteras separadas de quien era su sostén. Sin que ello implique condonar los casos que acaban de mencionarse, la Comisión desestima por falta de prueba las reclamaciones de Eritrea fundadas en la separación de las familias.”<sup>1945</sup>

## ii) Derechos de propiedad

933. 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 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

<sup>1945</sup> *Partial Award, Civilians Claims, Eritrea's Claims 15, 16, 23 & 27-32*, Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, La Haya, 17 de diciembre de 2004, párrs. 154 y 157 (se omite la cita).

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.

934. 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.

935. En particular, la Comisión consideró la licitud de 1) el sistema de poderes establecido para la preservación de los bienes; 2) la venta compulsiva de bienes inmuebles; 3) las medidas tributarias; 4) la ejecución de préstamos, y 5) el efecto acumulativo de las diversas medidas adoptadas respecto de los bienes de extranjeros enemigos expulsados en la forma que se indica a continuación:

“124. En los argumentos de ambas partes se pusieron de relieve las normas de derecho internacional consuetudinario que limitaban el derecho de los Estados a apropiarse de los bienes de extranjeros en tiempo de paz; ambas partes estuvieron de acuerdo en que las normas de tiempo de paz que prohibían la expropiación seguían aplicándose. Sin embargo, los acontecimientos sobre los que se controvierte ocurrieron en gran medida durante un conflicto armado internacional. Así pues, también es necesario considerar el papel del *jus in bello*, que da a los beligerantes una sustancial latitud para imponer congelamientos u otros controles discriminatorios sobre los bienes de los nacionales del Estado enemigo o tomar otras medidas que serían contrarias al derecho internacional en tiempo de paz. 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.

125. La condición de los bienes de los nacionales de un enemigo beligerante con arreglo al *jus in bello* ha sufrido una evolución. Hasta el siglo XIX, no se hacía distinción alguna entre los bienes privados y públicos del enemigo, y unos y otros estaban sujetos a expropiación por un beligerante. Sin embargo, las actitudes cambiaron; ya en 1794, el Tratado Jay obligó a los Estados Unidos y al Reino Unido a no confiscar los bienes de los nacionales de la otra parte incluso en tiempo de guerra. Esta actitud finalmente prevaleció; el Reglamento de La Haya de 1907 refleja la determinación de hacer que la guerra afecte en el menor grado posible a los ciudadanos privados y sus bienes.

126. Así pues, 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. Análogamente, el párrafo g) del artículo 23 del Reglamento de La Haya prohíbe destruir o tomar propiedades enemigas a menos que tales destrucciones o expropiaciones ‘sean exigidas imperiosamente por las



necesidades de la guerra'. El artículo 33 del Convenio IV de Ginebra prohíbe el pillaje y las medidas de represalia contra las personas protegidas y sus bienes, tanto en los territorios ocupados como en los territorios de las partes. También es pertinente el artículo 38 del Convenio IV de Ginebra. Dicho artículo establece que, fuera de las medidas de internamiento o residencia forzosa u otras medidas excepcionales autorizadas por el artículo 27, 'la situación de las personas protegidas continuará rigiéndose, en principio, por las disposiciones relativas al trato debido a los extranjeros en tiempo de paz'.

127. Sin embargo, esas salvaguardias operan en el contexto de otro conjunto amplio, y a veces contradictorio con ellas, de derechos de los beligerantes a congelar o aplicar otras formas de control o restricción de los recursos de los nacionales de Estados enemigos a fin de privar de ellos al Estado enemigo. A lo largo del siglo XX, varios Estados importantes, entre ellos Francia, Alemania, el Reino Unido y los Estados Unidos, han congelado los bienes 'enemigos', incluidos los bienes de civiles, a veces transfiriendo la propiedad de dichos bienes al Estado que hace la transferencia. Como lo resume Rousseau:

'Durante la guerra de 1914, casi todos los Estados en guerra ... tomaron medidas restrictivas muy severas, que iban desde el simple secuestro (Francia) hasta la liquidación y venta de los bienes de los súbditos enemigos (Gran Bretaña, Alemania) ... [Durante la guerra de 1939]: Todos los beligerantes aplicaron un régimen análogo al de 1914, construido en torno a las tres nociones de control, secuestro y liquidación.' [original en francés.]

Esas medidas de control se estimaron necesarias para privar al enemigo del acceso a recursos económicos que de otro modo podían haber estado a su disposición para apoyar su conducción de la guerra.

128. Los Estados no han aplicado uniformemente las medidas de congelación y transferencia de la propiedad de los bienes enemigos privados. En la práctica, los Estados que han transferido la propiedad de los activos de los nacionales de Estados enemigos lo han hecho en condiciones controladas, y por razones directamente vinculadas con intereses superiores de los Estados; los comentaristas ponen de relieve esas limitaciones. La disposición de los bienes controlados en el período posbélico ha sido con frecuencia objeto de acuerdos entre los antiguos beligerantes. En dichos acuerdos se autoriza el uso de los activos controlados o transferidos en relación con acuerdos de reparaciones o reclamaciones concertados después de la guerra, con lo cual se mantiene por lo menos la apariencia de consentimiento para la expropiación. Así ocurrió tanto en el Tratado de Versalles después de la primera guerra mundial como en los tratados de paz después de la primera guerra mundial.

129. 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 impuestos vencidos; y
- 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. [...]

[Preservación de los bienes - Poderes]

133. La Comisión reconoce las enormes tensiones y dificultades a que se vieron sometidas las personas que fueron objeto de expulsión. Seguramente hubo pérdidas de bienes relacionadas con el imperfecto otorgamiento o la mala administración de poderes. Sin embargo, en particular en esas circunstancias de tiempo de guerra, en las cuales surge de la prueba 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. [...]

[Venta forzosa de bienes inmuebles]

135. 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.

136. 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 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. [...]

[El impuesto sobre el valor de ubicación]

140. La Comisión concluye que el ‘impuesto de ubicación’ del 100% no era un impuesto aplicado con carácter general, sino que sólo se aplicaba a determinadas ventas forzosas de bienes de expulsados. Esa medida tributaria discriminatoria y confiscatoria era contraria al derecho internacional. [...]

[Ejecuciones de préstamos de expulsados]

142. No hay pruebas de que el cumplimiento de los préstamos haya sido acelerado. En cambio, los préstamos impagados eran cobrados de conformidad con sus condiciones y con la legislación en vigor cuando comenzó la guerra. Si bien algunas de las demás medidas examinadas en esta sección, o todas

ellas, pueden haber contribuido a hacer que los expulsados se viesen imposibilitados de mantenerse al día con sus préstamos, del expediente no surge que las medidas encaminadas a cobrar los préstamos vencidos fueran en sí mismas contrarias al derecho internacional. Esta reclamación debe ser desestimada. [...]

[Cobro de impuestos]

144. El derecho internacional no prohibía que Etiopía obligase a los expulsados a saldar sus deudas tributarias, pero le exigía que lo hiciera de manera razonable y con arreglo a los principios. Las pruebas indican que no fue así. La cuantía exigida era simplemente una estimación. La mayoría de los expulsados no dispusieron de medios efectivos para impugnar dicha cuantía o solicitar su revisión. Había muy poco tiempo entre la emisión de la notificación tributaria y la deportación (en caso de que, de hecho, se hubiera notificado antes de que el contribuyente fuera expulsado). No había seguridad alguna de que los expulsados o sus representantes hubiesen recibido las notificaciones. En caso afirmativo, el pago de los impuestos podía resultar imposible debido a los procedimientos de ejecución bancaria contra los bienes de los expulsados y toda la serie de infortunios económicos de otros tipos que recaían sobre ellos. Mirado en su conjunto, el proceso de cobro de tributos fue aproximado y arbitrario y no cumplió con los estándares mínimos de trato justo y razonable que debían aplicarse en las circunstancias.

145. *Cuentas restringidas.* De la prueba se desprende que el saldo que pudiera quedarles a los expulsados después de las ventas forzosas de bienes y el cobro de los tributos y préstamos pendientes se podía depositar en una cuenta abierta por las autoridades de Etiopía a nombre del anterior propietario en el Banco Comercial de Etiopía. Esas cuentas exigían que el titular viniese en persona con la libreta bancaria para tener acceso a los fondos. Eritrea sostuvo que los expulsados no podían tener acceso a esas cuentas, sea porque no poseían la libreta bancaria o porque no podían venir en persona.

146. Algunas de las pruebas sugerían que algunos de los titulares de cuentas o personas autorizadas para actuar en nombre suyo pudieron acceder a esas cuentas. En particular a la luz de los derechos de los beligerantes a congelar los activos de las personas presentes en un Estado enemigo y a bloquear las transferencias de fondos con ese destino, Etiopía no actuó ilegalmente al establecer esas cuentas de manera tal que efectivamente impidiesen las transferencias de fondos al extranjero. Se desestiman las reclamaciones de Eritrea con respecto a esas cuentas bancarias. [...]

151. *El peso acumulativo de las medidas adoptadas por Etiopía.* Además de sus conclusiones expuestas *supra* en relación con medidas económicas específicas adoptadas por Etiopía, la Comisión estima que debe considerarse la incidencia colectiva de las medidas. La guerra da a los beligerantes amplios poderes para tratar a los bienes de los nacionales de sus enemigos, pero esos poderes no son ilimitados. En opinión de la Comisión, un beligerante está obligado a asegurar en la medida de lo posible que los bienes de las personas protegidas y de otros nacionales de Estados enemigos no sean objeto de despojo ni desperdicio. Si los bienes privados de los nacionales de Estados enemigos han de ser congelados o afectados en otra forma en tiempo de guerra, ello debe ser hecho por el Estado, y en condiciones que garanticen la protección de los bienes y su eventual disposición mediante la devolución a los propietarios o mediante un acuerdo posterior a la guerra.

152. 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.”<sup>1946</sup>

936. El laudo de la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía determinó que Etiopía era responsable ante Eritrea por “las siguientes violaciones del derecho internacional consistentes en actos u omisiones de sus funcionarios civiles, personal militar u otras personas por cuya conducta es responsable: [...]

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

12. Por la imposición discriminatoria de un ‘impuesto de ubicación’ del 100% sobre el producto de algunas ventas forzosas de bienes inmuebles de eritreos expulsados;

13. Por mantener 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. Por crear y facilitar 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.”<sup>1947</sup>

937. Análogamente, en su laudo parcial sobre las reclamaciones civiles de Etiopía, la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía determinó que la expulsión de extranjeros enemigos no había otorgado una adecuada protección a sus derechos de propiedad como consecuencia de las ilícitas incautaciones de sus bienes por las autoridades de Eritrea y la ilícita injerencia de dichas autoridades en los esfuerzos de los expulsados por proteger sus bienes. La Comisión dijo lo siguiente:

“132. *Reclamaciones por pérdida de bienes.* El artículo 35 del Convenio IV de Ginebra exige que se permita a las personas que salen disponer del dinero necesario para el viaje y llevar consigo ‘un volumen razonable de efectos y de objetos de uso personal’. El artículo 33 del Convenio IV de Ginebra prohíbe las medidas de represalia contra los bienes de las personas protegidas, y el párrafo g) del artículo 23 del Reglamento de La Haya prohíbe

<sup>1946</sup> Ibid., párrs. 124 a 129, 133, 135, 136, 140, 142, 144 a 146, 151 y 152 (la cita que figura en el párrafo 127 es de Ch. Rousseau, *Droit international public*, págs. 346 y 347 (septiembre de 1973)) (se omiten las demás citas).

<sup>1947</sup> Ibid., laudo, pág. 38.

tomar propiedades enemigas, a menos que ello sea exigido imperiosamente por las necesidades de la guerra. Desde luego, esas salvaguardias operan en el contexto de otro conjunto amplio, y a veces contradictorio con ellas, de derechos de los beligerantes a privar al Estado enemigo de los recursos de los nacionales de Estados enemigos.

133. 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.

134. El expediente también contenía numerosas denuncias de otros etíopes que partieron acerca del breve plazo que se les dio para arreglar sus negocios, e incluso ejemplos preocupantes de injerencia de las autoridades de Eritrea en sus esfuerzos por asegurar sus bienes o disponer de ellos (considerados más adelante). En conjunto, el expediente respalda la conclusión de que, habida cuenta de las circunstancias necesariamente perturbadoras, los etíopes que salieron sin haber sido expulsados contaron con una oportunidad razonable de arreglar sus negocios como mejor pudieron antes de su partida. Se desestiman las reclamaciones por pérdidas económicas fundadas únicamente en el breve preaviso para la salida.

135. Sin embargo, a la Comisión le impresionaron las pruebas acumulativas de la indignancia de los etíopes que llegaban de Eritrea, ya sea que hubiesen sido expulsadas 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 éstas con sus esfuerzos por asegurar sus bienes o disponer de ellos.”<sup>1948</sup>

938. En el laudo, la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía determinó que Eritrea era responsable “por las siguientes violaciones del derecho internacional consistentes en actos u omisiones de sus funcionarios civiles, personal militar u otras personas por cuya conducta es responsable: [...]

<sup>1948</sup> *Partial Award, Civilians Claims, Ethiopia's Claim 5*, Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, La Haya, 17 de diciembre de 2004, párrs. 132 a 135 (en referencia a la Convención IV de La Haya, relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, y los Reglamentos anexos, 18 de octubre de 1907, 36 Stat. pág. 2277, 1 Bevans pág. 631).

“12. Por permitir la incautación de los bienes pertenecientes a etíopes que salían de lugares distintos de los campamentos de detención, prisiones y cárceles, y por obstaculizar en otras formas los esfuerzos de dichos etíopes por asegurar sus bienes o disponer de ellos.”<sup>1949</sup>

### 3. Requisitos de procedimiento

939. En 1892, el Instituto de Derecho Internacional reconoció que las mismas garantías de procedimiento podían no ser aplicables a la expulsión de extranjeros en tiempo de guerra, a saber, el derecho a apelar. Según el Instituto, “a los extranjeros que, en tiempo de guerra o cuando la guerra es inminente, pongan en peligro la seguridad del Estado por su conducta”<sup>1950</sup> no se les permitirá apelar en caso de que sean objeto de expulsión<sup>1951</sup>.

### 4. Salida

#### a) Salida voluntaria

940. El Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra reconoce el derecho de los extranjeros que sean personas protegidas a salir del territorio de una parte en el conflicto. El artículo 35 dispone lo siguiente:

“Toda persona protegida que desee salir del territorio al comienzo o en el transcurso de un conflicto, tendrá derecho a hacerlo, a no ser que su salida redunde en perjuicio de los intereses nacionales del Estado. La decisión sobre su salida se tomará según un procedimiento legítimo y deberá tener lugar lo más rápidamente posible. Una vez autorizada a salir del territorio, podrá disponer del dinero necesario para el viaje y llevar consigo un volumen razonable de efectos y de objetos de uso personal.

Las personas a quienes se niegue el permiso para salir del territorio tendrán derecho a que un tribunal o un consejo administrativo competente,

<sup>1949</sup> Ibid., párr. 12.

<sup>1950</sup> *Règles internationales*, nota 56 *supra*, artículo 28, párr. 10.

<sup>1951</sup> Ibid., artículo 36. Véase también *Ex Parte Zenzo Arakawa: Zenzo Arakawa v. Clark*, Estados Unidos, Tribunal de Distrito del Distrito Este de Pennsylvania, 4 de junio de 1947, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1948, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 164, págs. 508 a 512 (“Un extranjero enemigo, en tiempo de guerra, sólo tiene aquellos derechos de los que no ha sido privado por el Presidente de los Estados Unidos en ejercicio de la autoridad que le confiere la ley. Por consiguiente, cuando un solicitante [*relator*], hostil o no, ha sido detenido y se ha ordenado su remoción de este país en cumplimiento de órdenes del Ejecutivo, este tribunal carece de facultades para revisar las órdenes o los medios o manera por los cuales fue detenido y se dio la orden de remoción, salvo con respecto a la cuestión de si el solicitante [*relator*] tiene una condición distinta de la de extranjero enemigo”); *United States ex rel. Schlueter v. Watkins*, Estados Unidos, Distrito Sur de Nueva York, 67 F. Supp. 556, 6 de agosto de 1946, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1946, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 100, págs. 233 y 234 (confirmada por el Tribunal del Segundo Distrito, 158 F.2d 853, 31 de diciembre de 1946), (“Las premisas que anteceden llevan a la conclusión de que los tribunales carecen de facultades para rever la acción del Ejecutivo por la cual se ordenó la remoción de un extranjero enemigo en tiempo de guerra, salvo con respecto a la cuestión de si el solicitante [*relator*] es un extranjero enemigo”); *Rex v. Bottrill; Ex Parte Kuechenmeister*, Tribunal de Apelaciones de Inglaterra, 19, 22, 23 y 30 de julio de 1946, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1946, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 132, págs. 312 a 321. (“El hábeas corpus no procede contra la Corona a instancia de un extranjero enemigo internado por la seguridad del reino en tiempo de guerra por orden del Ejecutivo actuando en ejercicio de su autoridad discrecional en nombre del Rey.”).

instituido con esta finalidad por la Potencia detenedora, considere de nuevo la negativa en el más breve plazo posible.

Previa solicitud, representantes de la Potencia protectora podrán obtener, a no ser que a ello se opongan motivos de seguridad o que los interesados presenten objeciones, una explicación de las razones por las que se ha denegado a personas solicitantes la autorización para salir del territorio, así como, lo más rápidamente posible, una relación de los nombres de quienes se encuentren en ese caso.”<sup>1952</sup>

## b) Deportación

### i) Trato humano

941. La exigencia de trato humano parece aplicable a la expulsión de extranjeros enemigos en tiempo de conflicto armado<sup>1953</sup>. La Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía determinó que la expulsión de extranjeros enemigos por un Estado beligerante durante un conflicto armado internacional debía ajustarse a los artículos 35 y 36 del Convenio IV de Ginebra<sup>1954</sup>.

942. En el caso *Lacoste*, el Tribunal Arbitral reconoció la existencia de “grandes y extraordinarios poderes” de un Estado para expulsar a los extranjeros enemigos en tiempo de conflicto armado. Al mismo tiempo, el Tribunal consideró la continuidad de la exigencia de trato humano.

“Sin embargo, la expulsión no parece haber estado acompañada de un trato riguroso, y, a su pedido, se otorgó al reclamante una prórroga del plazo fijado para que saliera del país.”<sup>1955</sup>

943. En su laudo parcial sobre las reclamaciones civiles de Eritrea, la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía consideró las condiciones para la salida de extranjeros enemigos expulsados por un Estado beligerante en tiempo de conflicto armado con arreglo al estándar de trato humano establecido en el derecho internacional humanitario. A este respecto, la Comisión consideró el Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra<sup>1956</sup> y el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto

<sup>1952</sup> Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, Ginebra, 12 de agosto de 1949, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, No. 973, pág. 287.

<sup>1953</sup> “[Los Estados Unidos] han tenido ocasión, empero, de quejarse de los métodos rigurosos con los que los otros Estados participantes en una guerra han recurrido a la expulsión”. Charles Cheney Hyde, *International Law, Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, vol. 1, 2ª ed. rev., Boston, Little Brown and Company, 1947, págs. 235-236 (con citas del Sr. Olney, Secretario de Estado, dirigiéndose al Sr. Dupuy de Lome, Ministro de España, 27 de septiembre de 1895, For. Rel. 1895, II, 1229, Moore, Dig., IV, 139; también del Sr. Hay, Secretario de Estado, dirigiéndose al Sr. Choate, Embajador de los Estados Unidos en Londres, No. 494, 14 de noviembre de 1900, MS. Inst. Great Britain, XXXIII, 505, Moore, Dig., IV, 141).

<sup>1954</sup> *Partial Award, Civilians Claims, Ethiopia's Claim 5*, Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, La Haya, 17 de diciembre de 2004, párr. 122: “Sin embargo, las condiciones de todas esas expulsiones deben cumplir los estándares humanitarios mínimos, establecidos en los artículos 35 y 36 del Convenio IV de Ginebra”.

<sup>1955</sup> Caso *Lacoste* (Comisión Mexicana), en John Bassett Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been Party*, vol. IV, Washington, Government Printing Office, 1898, págs. 3347 y 3348.

<sup>1956</sup> Convenio de Ginebra, nota 1952 *supra*. El párrafo 1 del artículo 36 dispone lo siguiente: “Las salidas autorizadas de conformidad con el artículo anterior se efectuarán en satisfactorias condiciones de seguridad, de higiene, de salubridad y de alimentación ...”. El artículo 35 se refiere al derecho a salir o a la salida voluntaria.

de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales<sup>1957</sup>. La Comisión expresó lo siguiente:

“99. *Condiciones físicas de la expulsión.* Eritrea también alegó que las condiciones físicas en las que las personas eran expulsadas de Etiopía eran inhumanas e inseguras. El derecho internacional humanitario exige que todas las salidas, sean o no lícitas, se lleven a cabo humanamente, ‘en satisfactorias condiciones de seguridad, de higiene, de salubridad y de alimentación’. Eritrea sostuvo que esas condiciones no se habían cumplido; Etiopía sostuvo que sí. Las dos partes presentaron pruebas amplias y marcadamente contradictorias. [...]”

106. Sobre la base de la totalidad del expediente, la Comisión concluye que, a pesar de algunos esfuerzos por atender a los expulsados durante algunos transportes, las condiciones físicas frecuentemente no cumplieron los requisitos de trato humano y seguro exigidos por el derecho internacional.”<sup>1958</sup>

944. El laudo de la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía determinó que Etiopía era responsable ante Eritrea por “las siguientes violaciones del derecho internacional consistentes en actos u omisiones de sus funcionarios civiles, personal militar u otras personas por cuya conducta es responsable”:

“8. Por haber frecuentemente omitido brindar un trato humano y seguro a las personas que eran expulsadas de Etiopía hacia Eritrea; ...”<sup>1959</sup>

945. En su laudo parcial sobre las reclamaciones civiles de Etiopía, la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía consideró si en la expulsión de extranjeros enemigos se había cumplido el estándar del trato para la salida de dichos extranjeros con arreglo al derecho internacional humanitario. La Comisión determinó que en las expulsiones que fueron supervisadas por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) se habían cumplido esas normas. Sin embargo, la Comisión determinó que en otras expulsiones que no estuvieron sujetas a dicha supervisión no se habían asegurado las condiciones de seguridad y humanidad que era necesario observar en la salida. La Comisión expresó lo siguiente:

“128. *Condiciones físicas de la repatriación.* Etiopía sostuvo que los expulsados eran obligados a salir de Eritrea en condiciones rigurosas e inseguras, y citó el artículo 36 del Convenio IV de Ginebra, que exige que todas las salidas voluntarias del territorio de un beligerante se efectúen ‘en satisfactorias condiciones de seguridad, de higiene, de salubridad y de alimentación’. Eritrea sostuvo que las condiciones de salida eran satisfactorias, y alegó que por lo general las salidas se llevaban a cabo con la activa participación del CICR, y eran tan seguras y cómodas como resultaba posible dadas las circunstancias.

129. El CICR informó públicamente de que había organizado el retorno seguro a Etiopía de 12.000 etíopes en el año 2000. Eritrea presentó numerosas declaraciones de testigos en las que se describía el papel del CICR en la obtención del transporte seguro de etíopes, en particular desde el establecimiento de detención de inmigración de Adi Abeyto. El expediente también indica que los prisioneros etíopes expulsados directamente hacia

<sup>1957</sup> Protocolo Adicional I, nota 192 *supra*.

<sup>1958</sup> *Partial Award, Civilians Claims, Eritrea's Claims 15, 16, 23 & 27-32*, Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, La Haya, 17 de diciembre de 2004, párrs. 99 y 106 (citando el Convenio IV de Ginebra, artículo 36, párr. 1, así como el Protocolo I, artículo 75).

<sup>1959</sup> *Ibid.*, laudo, pág. 38.



Etiopía desde otros campamentos de detención de Eritrea eran transportados físicamente por el CICR o bajo su supervisión. Los testimonios de los detenidos liberados típicamente no expresan quejas, sino satisfacción con el papel del CICR en su retorno a Etiopía.

130. Sin embargo, de la prueba también surge que el CICR no tuvo participación en algunos transportes que expusieron a los etíopes que salían a condiciones rigurosas y peligrosas. Los propios testigos de Eritrea describieron un caso en el cual las autoridades locales transportaron a un grupo de etíopes hasta la frontera sin coordinación ni participación del CICR. El Departamento de Estado de los Estados Unidos de América citó informes en que se denunciaba que seis deportados se habrían ahogado al tratar de cruzar el río Mereb. Hubo informes inquietantes en relación con un grupo de mujeres transportadas por mar desde Assab hasta Djibouti en condiciones rigurosas y peligrosas a mediados de julio de 2000. El CICR criticó públicamente la deportación por la fuerza de 2.700 personas desde un campamento situado al norte de Asmara en condiciones rigurosas y peligrosas en agosto de 2000.

131. La prueba indica que el CICR desempeñó un valioso papel asegurando que miles de etíopes regresaran a su país con seguridad, pero Eritrea no ha explicado por qué el CICR no tuvo intervención alguna en otras salidas que en las que las repatriaciones no fueron seguras y humanas. La Comisión determina que Eritrea no aseguró condiciones seguras y humanas en las salidas en las que el CICR no tuvo intervención.”<sup>1960</sup>

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

“11. Por no haber asegurado la repatriación segura y humana de los etíopes que salieron en transportes que no eran llevados a cabo ni supervisados por el CICR ...”<sup>1961</sup>

## ii) Razonable oportunidad para proteger los bienes e intereses análogos

947. El extranjero enemigo que es objeto de expulsión en tiempo de conflicto armado puede no contar con el mismo tiempo para ocuparse de sus derechos de propiedad o intereses análogos.

“Salvo en tiempo de guerra o peligro inminente para la seguridad del Estado, se debe dar al extranjero contra quien se ha dictado una orden de expulsión o deportación un plazo adecuado para arreglar sus asuntos personales. Debe darse al extranjero una oportunidad razonable para disponer de sus bienes y activos, así como permiso para transportar o transferir dinero y otros activos al país de destino; en ninguna clase de circunstancias se debe someter al extranjero a medidas de expropiación ni obligarlo a desprenderse de sus bienes y activos.”<sup>1962</sup>

<sup>1960</sup> *Partial Award, Civilians Claims, Ethiopia's Claim 5*, Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, La Haya, 17 de diciembre de 2004, párrs. 128 a 131.

<sup>1961</sup> *Ibid.*, laudo, párr. 12.

<sup>1962</sup> Louis B. Sohn y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992, pág. 96.

948. En su laudo parcial sobre las reclamaciones civiles de Eritrea, la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía determinó que Etiopía era responsable porque la venta forzosa de los bienes inmuebles de extranjeros enemigos que fueron objeto de expulsión era contraria al derecho internacional debido al plazo limitado de que se dispuso para la venta<sup>1963</sup>.

949. En su laudo parcial sobre las reclamaciones civiles de Etiopía, la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía dijo que “los expulsados tenían derecho a una adecuada oportunidad para proteger los bienes o intereses económicos que tuvieran en Eritrea”. La Comisión determinó que Eritrea era responsable “por las siguientes violaciones del derecho internacional consistentes en actos u omisiones de sus funcionarios civiles, personal militar u otras personas por cuya conducta es responsable:

“10. Por expulsar a varios miles de etíopes de Eritrea directamente desde los campamentos de detención, prisiones y cárceles en el verano del 2000 en condiciones que no les permitieron proteger sus bienes o intereses situados en Eritrea;

11. Por no garantizar la segura y humana repatriación de los etíopes que salían en transportes que no eran llevados a cabo ni supervisados por el CICR ...”<sup>1964</sup>

### c) **Detención**

950. La Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía consideró el estándar internacional para el trato de los extranjeros enemigos detenidos antes de su deportación durante un conflicto armado. La Comisión indicó que dichos extranjeros tenían derecho a un trato humano con arreglo al derecho internacional humanitario. La Comisión determinó que había insuficientes pruebas de un incumplimiento generalizado o significativo de este estándar de trato con respecto a los extranjeros enemigos que eran objeto de detención de corta duración antes de su deportación. La Comisión expresó lo siguiente:

“107. *Introducción.* La tercera reclamación principal de Eritrea consiste en que Etiopía detuvo ilícitamente a grandes cantidades de civiles en condiciones rigurosas con violación del derecho internacional. Esta reclamación comprende a distintos grupos, entre ellos a) personas detenidas a la espera de su expulsión, frecuentemente durante períodos breves y en instalaciones temporales ... Respecto de cada uno de los grupos, Eritrea alegó que las detenciones iniciales eran ilegales y asimismo que los detenidos eran recluidos en condiciones malas y abusivas que no se ajustaban a los requisitos legales.

108. *Derecho aplicable.* El derecho aplicable dependía de la condición o la nacionalidad de las personas de que se tratara. Algunas de ellas eran nacionales eritreos protegidos por el derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados internacionales. En cuanto a los nacionales etíopes, el derecho internacional de los derechos humanos establece las normas pertinentes. En los casos de incertidumbre acerca de la condición de las personas, la protección provenía de la ‘red de seguridad’ que crean las

<sup>1963</sup> *Partial Award, Civilians Claims, Eritrea’s Claims 15, 16, 23 & 27-32*, Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, La Haya, 17 de diciembre de 2004, párr. 136 citado *supra*.

<sup>1964</sup> *Partial Award, Civilians Claims, Ethiopia’s Claim 5*, Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, La Haya, 17 de diciembre de 2004, laudo, párr. 12.

disposiciones del artículo 75 del Protocolo I. Sin embargo, todas las normas jurídicas potencialmente aplicables exigían un trato humano y brindaban una protección en líneas generales análoga.

109. *Personas detenidas por períodos breves.* Este grupo comprendía fundamentalmente a las personas detenidas durante períodos breves a la espera de su expulsión de Etiopía. En las declaraciones de numerosos testigos eritreos se describe una detención incómoda pero de corta duración a medida que se iba reuniendo a grupos de expulsados, frecuentemente en instalaciones temporales, transportarlos a la frontera. Hay pruebas contradictorias en relación con la disponibilidad de alimentos, agua y camas; tal vez las condiciones hayan variado de un lugar a otro, así como a lo largo del tiempo. Hubo pocas alegaciones de abusos físicos, pero fueron más comunes las denuncias de abusos verbales.

110. Si bien la Comisión estima que las circunstancias físicas de las personas detenidas a la espera de su deportación eran frecuentemente austeras e incómodas, los períodos correspondientes fueron por lo general breves, y hubo pocas denuncias de abusos físicos. La Comisión determina que son insuficientes las pruebas de que Etiopía haya incurrido en un incumplimiento generalizado o significativo del respeto de los estándares aplicables al trato de las personas detenidas por períodos breves antes de su expulsión.”<sup>1965</sup>

## 5. Expulsión en masa

951. La práctica de los Estados con respecto al trato de los extranjeros enemigos ha comprendido desde recluirllos en calidad de prisioneros de guerra hasta permitir su salida voluntaria, pasando por la salida forzosa o la expulsión<sup>1966</sup>. Un Estado puede tener derecho a expulsar a todos los extranjeros enemigos en el contexto de un conflicto armado con arreglo al derecho internacional<sup>1967</sup>

<sup>1965</sup> *Partial Award, Civilians Claims, Eritrea's Claims 15, 16, 23 & 27-32*, Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, La Haya, 17 de diciembre de 2004, párrs. 107 a 110 (se omiten las citas).

<sup>1966</sup> “El estallido de una guerra afecta análogamente a los súbditos de los beligerantes que en el momento se encuentren dentro del territorio del enemigo. En épocas anteriores todos ellos podían ser detenidos de inmediato en calidad de prisioneros de guerra, y, consiguientemente, numerosos Estados concertaban en tiempo de paz tratados especiales para el tiempo de guerra en los que se estipulaba expresamente un plazo durante el cual debía permitirse que sus súbditos salieran del territorio de la otra parte sin ser molestados. Merced a la influencia de esos tratados, que llegaron a ser bastante generales durante el siglo XVIII, se formó una práctica internacional según la cual, por regla general, se debía otorgar a los súbditos enemigos un plazo razonable para que se retiraran, y durante el siglo XIX no hubo ningún ejemplo de aplicación de la norma anterior. [...] Sea como sea, un beligerante no tiene por qué permitir que los súbditos enemigos permanezcan en su territorio, aunque frecuentemente se actúa de ese modo”. Lassa Francis Lawrence Oppenheim, *Internacional Law: A Treatise* (editado por H. Lauterpacht), vol. II - Disputes, War and Neutrality, 7ª ed., Londres, Longmans, Green and Co. Ltd., 1952, págs. 306 y 307 (se omiten las citas).

<sup>1967</sup> “En tiempo de guerra un Estado beligerante, según se estima, tiene derecho a expulsar a todos los extranjeros enemigos que se encuentren en su territorio”. Shigeru Oda, “Legal Status of Aliens”, en Max Sørensen (dir.) *Manual of Public International Law*, Nueva York, St. Martin's Press, 1968, págs. 481 a 495, en especial pág. 482 (en referencia a *Boffolo Ctm* (Italia-Yugoslavia), 10 RIAA, 528). “A los nacionales de un Estado enemigo que se encuentren en el territorio nacional en el momento del estallido de la guerra, un Estado puede aplicarles numerosas medidas de autoprotección y, en principio, tiene derecho a expulsarlos a todos”. Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1987, pág. 36 y nota 12 (en referencia, entre otros, a

aun cuando ello pueda determinar la expulsión de una gran cantidad de personas<sup>1968</sup>.

952. En su laudo parcial sobre las reclamaciones civiles de Eritrea, la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía reafirmó los amplios poderes de un beligerante para expulsar a los extranjeros enemigos que sean nacionales del Estado contrario. La Comisión señaló que ese poder puede ser ejercido lícitamente sólo por el Estado beligerante. La Comisión determinó que Etiopía era responsable por haber permitido que se llevara a cabo la ilícita expulsión de extranjeros enemigos por las autoridades locales. La Comisión también señaló que este poder no abarcaba a los familiares de dichos extranjeros que fueran nacionales de otros Estados. La Comisión no pudo determinar en qué medida tuvieron lugar esas expulsiones, porque las pruebas eran insuficientes. La Comisión expresó lo siguiente:

“81. El derecho internacional humanitario otorga a los beligerantes amplios poderes para expulsar de su territorio a los nacionales del Estado enemigo durante un conflicto. La Comisión señala a este respecto la siguiente descripción de la parte pertinente del derecho internacional contenida en uno de los principales tratados científicos:

‘Se reconoce generalmente el derecho de los Estados a expulsar a los extranjeros. No importa si el extranjero se encuentra en una visita temporal o se ha establecido en su territorio para fines profesionales,

---

“Fran.-Mex. Arbitration (C. 1839), decidido por la Reina Victoria (1844), 5 *Int. Arb.*, pág. 4865: ‘Acerca de la expulsión en bloque de franceses de México en el momento del estallido de las hostilidades en 1838, el árbitro opinó que no se debía una indemnización a Francia, pues el acto estaba “justificado por el estado de hostilidades entre ellos” (pág. 4866)’”. “El derecho internacional autoriza al Estado a expulsar de su territorio a todos los súbditos de su enemigo o a cualquiera de ellos”. Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, Nueva York, The Banks Law Publishing Co., 1915, pág. 61 (se omiten las citas).

<sup>1968</sup> “Si bien anteriormente esas expulsiones en masa eran corrientes, en tiempos recientes son muy raras las ocasiones en que se ha recurrido a ellas. Por ejemplo, en la guerra de Crimea, en 1854, Rusia permitió que los súbditos franceses y británicos siguiesen residiendo pacíficamente; análogamente, Italia otorgó ese privilegio a los súbditos austríacos en la guerra de liberación de Italia de 1859 y a los súbditos turcos en la guerra turco-italiana de 1912; China y el Japón se lo otorgaron respectivamente en la guerra chino-japonesa de 1894, del mismo modo que los Estados Unidos y España respectivamente en la guerra hispano-estadounidense de 1898, y el Japón una vez más en la guerra ruso-japonesa de 1904. En la actual guerra europea, en general se ha permitido que los extranjeros enemigos permanezcan, bajo diversas medidas de vigilancia. [...] Por otro lado, Francia consideró necesario expulsar a los súbditos alemanes durante la guerra franco-prusiana de 1870; Turquía, expulsar a los súbditos griegos en la guerra de 1897 y a los súbditos italianos en la guerra de 1912; los boers, expulsar a los súbditos británicos del Transvaal en 1900, y los rusos, expulsar a los japoneses de determinadas provincias en 1904. En la actual guerra europea, parece que Rusia ha ordenado la expulsión de todos los turcos, y los alemanes y los austríacos han sido expulsados del Marruecos francés. Por lo común se otorga un plazo limitado para la salida de las personas enemigas que se encuentren en el territorio y de los buques mercantes enemigos que se encuentren en los puertos de un beligerante. El permiso de permanencia o la orden de expulsión, con las condiciones anexas, se publican habitualmente en forma de proclamación. [...] Con el progreso de la civilización, hay una tendencia cada vez mayor a limitar los efectos de un conflicto armado dentro de los límites más estrechos posibles y a mitigar el riguroso mantenimiento del principio de que los súbditos de un Estado enemigo pueden ser tratados como enemigos, en favor del extranjero civil desarmado, cuya persona y cuyos bienes son respetados, con algunas excepciones expresadas de diversas maneras, en la misma forma que antes de la guerra”. Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, Nueva York, The Banks Law Publishing Co., 1915, págs. 61 y 62 (se omiten las citas).

comerciales o de otra índole, habiendo establecido allí su domicilio. Por otro lado, si bien un Estado goza de amplia discrecionalidad para el ejercicio de su derecho a expulsar a un extranjero, su discrecionalidad no es absoluta. Así pues, según el derecho internacional consuetudinario no debe abusar de su derecho actuando arbitrariamente al tomar su decisión de expulsar a un extranjero, y debe actuar razonablemente en la manera en la que lleva a cabo una expulsión. Sin embargo, más allá de ello, el derecho internacional consuetudinario no prevé normas detalladas en relación con la expulsión y consiguientemente todo depende del contenido de fondo de cada caso concreto. Correctamente, la teoría y la práctica hacen una distinción entre la expulsión en tiempo de hostilidades y en tiempo de paz. Un beligerante puede considerar conveniente expulsar a todos los nacionales de Estados hostiles que residan en su territorio, o se encuentren temporalmente en él: si bien dicha medida puede ser muy dura para los extranjeros a título individual, generalmente se acepta que dicha expulsión es justificable.’

82. La Comisión concluyó anteriormente que Etiopía privó lícitamente de su nacionalidad etíope a una cantidad sustancial de personas con doble nacionalidad luego de identificarlas mediante el proceso seguido ante el comité de seguridad de Etiopía. Etiopía podía lícitamente expulsar a dichas personas como nacionales de un enemigo beligerante, pero estaba obligada a garantizarles las protecciones exigidas por el Convenio IV de Ginebra y otras normas aplicables de derecho internacional humanitario. Se desestima la reclamación de Eritrea según la cual este grupo fue ilícitamente expulsado. [...]

92. La Comisión señaló anteriormente que el derecho internacional permite que un beligerante expulse a los nacionales del Estado enemigo en tiempo de guerra. Así pues, en la medida en que los expulsados eran nacionales eritreos, su expulsión fue lícita, aun cuando fue rigurosa para las personas afectadas. [...]

95. La Comisión no considera que Etiopía tenga responsabilidad alguna por las salidas en esas situaciones, cuando las salidas fueron consecuencia de opciones hechas por las personas afectadas o sus familias. Como un beligerante puede lícitamente expulsar a un nacional del Estado enemigo, las decisiones de sus familiares de acompañar al expulsado, sea en ocasión de la expulsión inicial o en un momento posterior, también son lícitas.

96. Sin embargo, de la prueba también surge que algunos familiares fueron expulsados por la fuerza. Numerosos declarantes eritreos hablan en términos generales de que sus familiares fueron expulsados o deportados luego de la expulsión del declarante. Frecuentemente no está claro si las palabras ‘expulsado’ o ‘deportado’ se utilizaron en sentido técnico y si esas salidas se produjeron de hecho a consecuencia de actos de compulsión emanados de funcionarios etíopes. De todos modos, en algunas declaraciones se describe claramente el uso directo de la coacción para detener y expulsar por la fuerza a los familiares, entre ellos a las esposas y los niños pequeños.

97. En la medida en que se expulsó a familiares que no tenían la nacionalidad eritrea, la expulsión fue contraria al derecho internacional. Habida cuenta de las limitaciones de la prueba, la Comisión no puede determinar en qué medida tuvo lugar lo antedicho. [...]

98. *Otras personas con doble nacionalidad.* Como se indicó en el párrafo 78 *supra*, además de los residentes de las zonas rurales, de la prueba surge que un número desconocido, pero considerable, de personas con doble nacionalidad, entre ellos algunos parientes de personas con doble nacionalidad anteriormente expulsadas invocando el riesgo para la seguridad, eran objeto de redadas hechas por las autoridades locales y llevadas por la fuerza a Eritrea por razones que no pudieron establecerse. La Comisión ha determinado que la privación de su nacionalidad etíope fue arbitraria y por consiguiente ilícita y que Etiopía es responsable por permitir que ocurriera. Como indicó la Comisión en el párrafo 92 *supra*, el derecho a expulsar a los nacionales del Estado enemigo en tiempo de guerra es un derecho de todo beligerante, y sólo puede ser ejercido lícitamente por un beligerante. Etiopía, que era el beligerante, no llevó a cabo, ni autorizó o ratificó esas expulsiones. Por consiguiente, fueron ilícitas con arreglo al derecho internacional aplicable, y Etiopía es responsable por haber permitido que ocurrieran.”<sup>1969</sup>

953. La Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía determinó que Etiopía era responsable ante Eritrea “por las siguientes violaciones del derecho internacional consistentes en actos u omisiones de sus funcionarios civiles, personal militar u otras personas por cuya conducta es responsable:

7. Por permitir 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 ...”<sup>1970</sup>

954. En su laudo parcial sobre las reclamaciones civiles de Etiopía, la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía confirmó el derecho de un beligerante de expulsar a los extranjeros enemigos que estén presentes en su territorio con arreglo al *jus in bello*. La Comisión expresó lo siguiente:

“121. En su laudo parcial separado sobre las Reclamaciones de civiles eritreos, la Comisión examina el derecho que tiene un beligerante, con arreglo al *jus in bello*, de expulsar a los nacionales de un Estado enemigo durante un conflicto armado internacional. De la prueba surge que una proporción muy elevada de los miles de etíopes que estaban reclusos en campamentos de

<sup>1969</sup> *Partial Award, Civilians Claims, Eritrea's Claims 15, 16, 23 & 27-32*, Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, La Haya, 17 de diciembre de 2004, párrs. 81, 82, 92 y 95 a 98; en el párr. 81 se cita a Robert Jennings y A. Watts, *Oppenheim's International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996, § 413, págs. 940 y 941; así como a Karl Doehring, “Aliens, Admission”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, 1992, págs. 107 a 109 (“Un Estado puede de todos modos tener justificación para expulsar a tal grupo independientemente del comportamiento individual de sus miembros, si en caso de no hacerlo la seguridad y la existencia del Estado que expulsa pudieran correr serio peligro, por ejemplo ... durante un estado de guerra”); Gerald Draper, *The Red Cross Conventions*, págs. 36 y 37 (1958), citado en 10 *Digest of International Law*, pág. 274 (Marjorie Whiteman (ed.), 1968) (en relación con “el derecho consuetudinario de un Estado de expulsar a todos los extranjeros enemigos en el momento del estallido de un conflicto”); *Handbook of Humanitarian Law*, *supra* nota 15, § 589(5), pág. 287 (“la repatriación forzosa [de nacionales de un Estado enemigo] debe considerarse permisible”); y McNair y Watts, *supra* nota 23, pág. 76 (“No existe ninguna norma que exija que un beligerante permita que los súbditos enemigos permanezcan en su territorio y tiene derecho a expulsarlos si así lo desea”). El Convenio IV de Ginebra no se refiere expresamente a la expulsión de los nacionales del Estado enemigo ni de otros extranjeros, y en lugar de ello destaca el derecho de los extranjeros que deseen salir del territorio de un beligerante a hacerlo; véase el artículo 35.

<sup>1970</sup> *Partial Award, Civilians Claims, Eritrea's Claims 15, 16, 23 & 27-32*, Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, La Haya, 17 de diciembre de 2004, laudo, pág. 38.

detención, cárceles y prisiones eritreos fueron expulsados por Eritrea directamente desde sus lugares de detención. Las consecuencias personales de esas salidas forzadas de Eritrea tal vez hayan sido rigurosas en muchos casos. Sin embargo, Eritrea actuó de manera compatible con sus derechos de beligerante a imponer tales salidas, así como las de los demás etíopes que fueron forzados a salir durante ese período. [...]

123. La prueba no permite establecer que los demás etíopes que salieron de Eritrea entre junio y diciembre de 2000 hayan sido expulsados en aplicación de medidas o políticas del Gobierno de Eritrea. Si bien Eritrea tenía derecho en su calidad de beligerante a exigir la salida de los nacionales del Estado enemigo, la prueba no permite establecer que haya tomado esas medidas con respecto a personas que no estaban detenidas.<sup>1971</sup>

## 6. Legislación y jurisprudencia nacionales

955. La legislación nacional puede permitir la expulsión de un extranjero enemigo en tiempo de guerra<sup>1972</sup>. A este respecto, un Estado también puede establecer disposiciones especiales para la deportación de extranjeros expulsados durante una guerra<sup>1973</sup>.

956. Los tribunales nacionales de los Estados también han reconocido que los extranjeros enemigos que son objeto de expulsión en tiempo de conflicto armado pueden no tener derecho a las mismas garantías de procedimiento<sup>1974</sup>.

## XI. Recursos contra la expulsión ilícita de extranjeros

957. Hay responsabilidad del Estado cuando la expulsión de un extranjero es contraria al derecho internacional. La Comisión ha completado su proyecto sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, que figura en los artículos aprobados por la Comisión de Derecho Internacional en 2001 y en el anexo

<sup>1971</sup> *Partial Award, Civilians Claims, Ethiopia's Claim 5*, Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, La Haya, 17 de diciembre de 2004, párrs. 121 y 123 (se omite la cita).

<sup>1972</sup> Estados Unidos, INA, artículo 331 d) a e).

<sup>1973</sup> Estados Unidos, INA, artículo 241 b) 2) F). Una deportación en tiempo de guerra puede hacerse hacia: 1) el gobierno en el exilio del Estado del extranjero (Estados Unidos, INA, artículo 241 b) 2) F) i); 2) hacia un Estado próximo al Estado del extranjero (Estados Unidos, INA, artículo 241 b) 2) F) ii); o 3) hacia un Estado que cuente con el consentimiento del Estado del extranjero (Estados Unidos, INA, artículo 241 b) 2) F) ii)).

<sup>1974</sup> Véanse, por ejemplo, *Ex Parte Zenzo Arakawa: Zenzo Arakawa v. Clark*, Tribunal de Distrito del Distrito Este de Pennsylvania, 4 de junio de 1947, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1948, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 164, págs. 508 a 512: “Un extranjero enemigo, en tiempo de guerra, sólo tiene aquellos derechos de los que no ha sido privado por el Presidente de los Estados Unidos en ejercicio de la autoridad que le confiere la ley. Por consiguiente, cuando un solicitante [*relator*], hostil o no, ha sido detenido y se ha ordenado su remoción de este país en cumplimiento de órdenes del Ejecutivo, este tribunal carece de facultades para revisar las órdenes o los medios o manera por los cuales fue detenido y se dio la orden de remoción, salvo con respecto a la cuestión de si el solicitante [*relator*] tiene una condición distinta de la de extranjero enemigo” (citado de (1948) *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, pág. 508 y ss., en especial pág. 511); *Rex v. Bottrill*; *Ex Parte Kuechenmeister*, Tribunal de Apelaciones de Inglaterra, 19, 22, 23 y 30 de julio de 1946, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1946, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 132, págs. 312 a 321. En *Ludeck v. Watkins*, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos decidió que la remoción de un extranjero enemigo no estaba sujeta a revisión judicial (335 U.S. 160 (1948)) [per Goodwin-Gill].

de la resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001<sup>1975</sup>. Esos artículos contienen las normas para la determinación de las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito<sup>1976</sup>, incluida una expulsión ilícita. En consecuencia, en el presente estudio no se examinan en detalle las consecuencias jurídicas de una expulsión ilícita. No obstante, puede resultar útil considerar las *formas de reparación* por una expulsión ilícita que han sido otorgadas por tribunales arbitrales y órganos judiciales, así como la cuestión de la carga de la prueba respecto del carácter ilícito de una expulsión.

958. El carácter ilícito de una expulsión puede derivar de la violación de: 1) una norma de un tratado internacional en el que sea parte el Estado que ha adoptado la medida de expulsión; 2) una norma de derecho internacional consuetudinario, o 3) un principio general del derecho<sup>1977</sup>. Un Estado puede incurrir en responsabilidad internacional en las situaciones siguientes: 1) la expulsión es ilícita en sí, 2) los requisitos procesales aplicables no han sido respetados, o 3) la expulsión se ha ejecutado de manera ilícita.

959. Cabe señalar a este respecto un proyecto de artículo que se ocupa concretamente de la responsabilidad internacional de un Estado en relación con la expulsión ilícita de un extranjero en el derecho interno, que propuso a la Comisión de Derecho Internacional el Relator Especial, F. V. García Amador. El proyecto de artículo disponía lo siguiente:

“El Estado será responsable de las lesiones causadas a un extranjero que haya sido expulsado del país si la orden de expulsión no se basó en motivos especificados en el derecho interno o si en la ejecución de la orden se cometieron irregularidades graves en relación con el procedimiento especificado en el derecho interno.”<sup>1978</sup>

## A. Formas de reparación

960. El principio fundamental que rige la plena reparación que debe hacer un Estado por los daños provocados por un hecho internacionalmente ilícito se trata en los artículos sobre la responsabilidad de los Estados. El artículo 31 dispone lo siguiente:

### “Artículo 31 Reparación

1. El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito.

<sup>1975</sup> El texto de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos fue aprobado por la Comisión en su 53º período de sesiones, en 2001, y se presentó a la Asamblea General como parte del informe de la Comisión sobre la labor realizada en ese período de sesiones. El informe, que contiene además comentarios sobre el proyecto de artículos, figura en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/56/10)*.

<sup>1976</sup> Véanse los artículos 28 a 54.

<sup>1977</sup> Véanse el artículo 1 del proyecto de artículos de la Comisión sobre la responsabilidad del Estado (“*Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos*: Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional”) y los apartados a), b) y c) del párrafo 1 del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

<sup>1978</sup> Véase *Responsabilidad internacional*, nota 605 *supra*, artículo 5, párr. 1.



2. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado.”

961. Las diferentes formas de reparación de un hecho internacionalmente ilícito, a saber, la restitución, la indemnización y la satisfacción, se enumeran en los artículos sobre la responsabilidad de los Estados. El artículo 34 dispone lo siguiente:

“*Artículo 34*  
*Formas de reparación*

La reparación íntegra del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito adoptará la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción, ya sea de manera única o combinada, de conformidad con las disposiciones del presente capítulo.”

### 1. Restitución

962. La restitución es una forma de reparación que se trata en el artículo 35 de los artículos sobre la responsabilidad de los Estados, cuyo texto es el siguiente:

“*Artículo 35*  
*Restitución*

El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a la restitución, es decir, a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, siempre que y en la medida en que esa restitución:

- a) No sea materialmente imposible;
- b) No entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización.”

963. No parece haberse otorgado con frecuencia la restitución como forma de reparación en el caso de expulsión ilícita. Puede ser razonable considerar que esta forma de reparación es aplicable solamente en los casos en que la ilicitud se refiere a la expulsión del extranjero más bien que a la manera en que se ha aplicado la expulsión.

964. 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”<sup>1979</sup>. El Sr. García Amador se remitió en este contexto a las causas de *Lampton* y *Wiltbank* (ciudadanos de los Estados Unidos expulsados de Nicaragua en 1894), y al asunto de cuatro súbditos británicos que también habían sido expulsados de Nicaragua<sup>1980</sup>.

965. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido el derecho al retorno en el caso de una expulsión ilícita que implicaba la expulsión arbitraria de un sacerdote extranjero. La Comisión resolvió lo siguiente:

<sup>1979</sup> Responsabilidad internacional, nota 605 *supra*, pág. 26, párr. 99.

<sup>1980</sup> *Ibid.*, párr. 99, nota 159. Esas causas se mencionan en John Basset Moore, *A Digest of International Law*, Washington, Government Printing Office, vol. IV, 1906, 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”.

“La Comisión Interamericana de Derechos Humanos resuelve: [...] 3. 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 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.”<sup>1981</sup>

966. Con respecto a los trabajadores migratorios y sus familiares, cabe señalar la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. La Convención dispone que una decisión de expulsión que posteriormente se anule no puede utilizarse para impedir que la persona en cuestión regrese al Estado que ha adoptado la medida de expulsión. El párrafo 5 del artículo 22 dispone lo siguiente:

“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.”

## 2. Indemnización

967. La indemnización como forma de reparación figura en los artículos sobre la responsabilidad de los Estados. El artículo 36 dispone lo siguiente:

“Artículo 36  
Indemnización

1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar el daño causado por ese hecho en la medida en que dicho daño no sea reparado por la restitución.
2. La indemnización cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que éste sea comprobado.”

968. La indemnización es un medio reconocido de reparación del daño causado por una expulsión ilícita al extranjero expulsado o al Estado de la nacionalidad<sup>1982</sup>.

969. 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:

<sup>1981</sup> 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, doc. 9, rev. 1, 16 de octubre de 1981, párrafo dispositivo 3.

<sup>1982</sup> Véase en general Guy S. Goodwill-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, págs. 278 a 280. “Una expulsión sin causa o basada en pruebas insuficientes constituye un buen motivo para obtener indemnización”, Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, Nueva York, The Banks Law Publishing Co., 1915, pág. 57. “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”, Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, pág. 499.

“[...] 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 el caso que se considera, 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; que además, la suma demandada no parece exagerada. Decide que la reclamación del Sr. Paquet de 4.500 francos es válida.”<sup>1983</sup>

970. El árbitro condenó al pago de indemnización también en el *caso Oliva* para compensar la pérdida derivada del quebrantamiento de la 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 contrato<sup>1984</sup>. 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 concesión mencionada, el solo hecho de su expulsión arbitraria constituiría motivo suficiente para una demanda de indemnización.”<sup>1985</sup>

971. En otros asuntos la forma ilícita en que se aplicó la expulsión (incluida la duración y las condiciones de una 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

<sup>1983</sup> *Paquet Case* (Expulsion), Comisión Mixta de Reclamaciones Bélgica-Venezuela, 1903, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IX, págs. 323 a 325, en especial pág. 325 (Filtz, Árbitro).

<sup>1984</sup> *Oliva Case*, Comisión Mixta de Reclamaciones Italia-Venezuela, 1903, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, págs. 600 a 609 y 608 a 610 (Ralston, Árbitro), que contiene detalles acerca del cálculo de los daños en ese caso concreto.

<sup>1985</sup> *Ibid.*, pág. 602 (Agnoli, Comisionado).

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.”<sup>1986</sup>

972. En el caso *Daniel Dillon* se otorgó indemnización por los daños como consecuencia de los malos tratos infligidos al demandante como resultado de un largo período de detención y de las condiciones en que estuvo detenido:

“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.”<sup>1987</sup>

973. En el caso *Yeager* el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos otorgó al demandante indemnización 1) por la pérdida de bienes personales que hubo de dejar atrás porque no se le dio tiempo suficiente para salir del país<sup>1988</sup>, y 2) por el dinero que le confiscaron en el aeropuerto los “comités revolucionarios”<sup>1989</sup>.

974. En algunos casos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos asignó una suma de dinero como indemnización por daños pecuniarios derivados de una expulsión ilícita. En la causa de *Moustaquim c. Bélgica* el Tribunal rechazó una demanda de daños basada en la pérdida de lucro derivado de una expulsión que había violado el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. A ese respecto el Tribunal observó que no había un vínculo causal entre la violación y la pretendida pérdida de lucro. No obstante, el Tribunal otorgó al demandante, sobre una base de equidad, 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 alguno<sup>1990</sup>.

975. En la causa de *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 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (derecho a la libertad y a la seguridad) y el artículo 4 del Protocolo No. 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 No. 4<sup>1991</sup>.

<sup>1986</sup> *Maal Case*, Comisión Mixta de Reclamaciones Países Bajos-Venezuela, 1º de junio de 1903, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, págs. 730 a 733, en especial pág. 732 (Plumley, Árbitro).

<sup>1987</sup> *Daniel Dillon*, nota 1657 *supra*, pág. 369.

<sup>1988</sup> *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, en especial págs. 107 a 109, párrs. 51 a 59.

<sup>1989</sup> *Ibid.*, pág. 110, párrs. 61 a 63.

<sup>1990</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case of Moustaquim v. Belgium*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 18 de febrero de 1991, demanda No. 12313/86, párrs. 52 a 55.

<sup>1991</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case of Conka v. Belgium*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 5 de febrero de 2002, demanda No. 51564/99, párr. 89.

### 3. Satisfacción

976. La satisfacción como forma de reparación se trata en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. El artículo 37 dispone lo siguiente:

“*Artículo 37*  
*Satisfacción*”

1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a dar satisfacción por el perjuicio causado por ese hecho en la medida en que ese perjuicio no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización.

2. La satisfacción puede consistir en un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada.

3. La satisfacción no será desproporcionada con relación al perjuicio y no podrá adoptar una forma humillante para el Estado responsable.”

Según el comentario de la Comisión respecto de la disposición:

“Una de las modalidades de satisfacción más corrientes en el caso de un perjuicio moral o no material causado al Estado es la declaración de la ilicitud del hecho por una corte o tribunal competente.”<sup>1992</sup>

977. La satisfacción puede aplicarse como forma de reparación en el caso de la expulsión ilícita<sup>1993</sup>. En particular, se ha aplicado la satisfacción como forma de reparación por una expulsión ilícita en situaciones en que aún no se había ejecutado la orden de expulsión. En esos casos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró 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 abstuvo de otorgar daños no pecuniarios. Puede señalarse a este respecto la causa de *Beldjoudi c. Francia*<sup>1994</sup>, la causa de *Chahal c. Reino Unido*<sup>1995</sup> y la causa de *Ahmed c. Austria*<sup>1996</sup>.

<sup>1992</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/56/10)*, comentario del artículo 37, párr. 6.

<sup>1993</sup> “Como declaró el Secretario 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’”, Charles Cheney Hyde, *International Law, Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, vol. I, 2ª ed. rev., Boston Little Brown & Company, 1947, pág. 231 (en referencia a la comunicación al Ministro de Caracas, 28 de febrero de 1907, For. Rel. 1908, 774, 776, Hackworth, Dig. III, 690).

<sup>1994</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case of Beldjoudi v. France*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 26 de marzo de 1992, demanda No. 12083/86, párr. 86: “El demandante debe haber sufrido daños no pecuniarios, pero esta sentencia le otorga compensación suficiente a este respecto”. El Tribunal sostuvo a continuación que habría una violación del artículo 8 del Convenio “en el caso de que se ejecutara la decisión de deportar al Sr. Beldjoudi” (párrafo dispositivo 1).

<sup>1995</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case of Chahal v. United Kingdom*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 15 de noviembre de 1996, demanda No. 22414/93, 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 que ha habido infracciones de los párrafos 4 y 13 del artículo 5 constituye satisfacción equitativa y suficiente”.

<sup>1996</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case of Ahmed v. Austria*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 17 de diciembre de 1996, demanda No. 25964/94. El Tribunal rechazó la solicitud de indemnización de la pérdida de lucro por la falta de relación entre el

## B. Carga de la prueba

978. La cuestión de la carga de la prueba respecto de una expulsión supuestamente ilícita no parece clara en derecho internacional. La cuestión de la carga de la prueba ha sido objeto de algunos laudos arbitrales, aunque no de manera uniforme. Como se examinó anteriormente, uno de los requisitos de una expulsión lícita es que se base en un motivo válido en derecho internacional<sup>1997</sup>. Algunos casos de la práctica van en apoyo de la opinión de que normalmente el Estado que adopta la resolución tiene la obligación de fundamentar la orden de expulsión<sup>1998</sup>.

979. En el caso *Oliva*, el Comisionado italiano declaró que la carga de la prueba de los hechos que justificaban la expulsión incumbía al Estado que adoptaba la medida:

“El Comisionado venezolano determina que el Sr. Oliva no ha demostrado su inocencia. No le corresponde demostrar su inocencia. Toda persona debe ser considerada inocente en tanto no se produzca prueba en contrario. Por lo tanto, incumbía al Gobierno venezolano demostrar que el demandante era culpable y esto es precisamente lo que no se ha hecho. Cuando se recurre a la expulsión en Francia o Italia las pruebas están a la mano. La simple sospecha puede justificar medidas de vigilancia, pero jamás una medida tan severa como la de prohibir la residencia en un país a un hombre que tiene intereses importantes en él.”<sup>1999</sup>

980. Por el contrario, el Comisionado venezolano estimó que bastaba con que el Estado que adoptaba la medida de expulsión tuviera *fundadas razones para creer* que el extranjero en cuestión era un revolucionario:

“En cuanto a la medida en que se determinó que Oliva era un revolucionario no está en discusión. Basta con que existan fundadas razones para que el Gobierno de Venezuela así lo considerara, y esto parece estar demostrado.”<sup>2000</sup>

981. En el caso *Zerman* el árbitro consideró que, en una situación en que no había guerra ni disturbio, el Estado que adoptaba la medida de expulsión tenía la obligación de demostrar los cargos ante la Comisión, y que no se podía considerar que bastaba con meras aseveraciones:

“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

---

supuesto daño y la conclusión del Tribunal respecto del artículo 3 del Convenio (párr. 50). El Tribunal dijo a continuación: “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). El Tribunal decidió finalmente: “[...] porque mientras el demandante enfrente un riesgo auténtico de ser sometido en Somalia a un tratamiento contrario al artículo 3 del Convenio habría una infracción de esa disposición en el caso de que se ejecutara la decisión de deportarlo” (párrafo dispositivo 2).

<sup>1997</sup> Véase la parte VII.A.1.

<sup>1998</sup> Véanse la parte VII.A.3 y la parte VIII.B.8 b).

<sup>1999</sup> *Oliva Case*, Comisión Mixta de Reclamaciones Italia-Venezuela, 1903, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, págs. 600 a 609, en especial pág. 607 (Agnoli, Comisionado).

<sup>2000</sup> *Ibid.*, pág. 605 (Zuloaga, Comisionado).

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.”<sup>2001</sup>

982. Por el contrario, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos ha impuesto la carga de la prueba al demandante que invocaba una expulsión ilícita. En el caso *Rankin c. República Islámica del Irán* el Tribunal concluyó que el demandante no lo había demostrado y, por lo tanto, rechazó la demanda:

“Un demandante que alega la expulsión tiene la carga de demostrar la ilicitud de la acción del Estado que adoptó la medida de expulsión, en otras palabras, que fue arbitraria, discriminatoria, o en violación de las obligaciones derivadas del tratado del Estado que adoptó la medida”<sup>2002</sup>.

El Tribunal observa que el demandante tiene la carga de demostrar que fue expulsado ilícitamente del Irán por actos imputables al Gobierno del Irán. A falta de una explicación de esta prueba conflictiva, el Tribunal concluye que el demandante no ha demostrado esa intención<sup>2003</sup>.

Por consiguiente, el Tribunal decide que el demandante no ha demostrado que la aplicación de la nueva política del demandado [...] fue un factor causal sustancial de la decisión del demandante de salir del país.”<sup>2004</sup>

983. Respecto del caso *Rankin*, sin embargo, cabe señalar que la cuestión principal no era si la expulsión del Sr. Rankin no era fundada sino si el demandante había sido expulsado “constructivamente” o había salido voluntariamente del territorio de la República Islámica del Irán<sup>2005</sup>.

## XII. Expulsión colectiva y expulsión en masa

### A. Introducción

984. La consideración preliminar de las cuestiones y los materiales pertinentes contenidos en esta parte del estudio tiene por objeto primordial asistir a la Comisión a determinar si el ámbito del tema actual debe limitarse a las expulsiones individuales o si se debe ampliar de manera de incluir las expulsiones colectivas y en masa.

985. Ha habido falta de claridad y precisión respecto de la consideración de las normas de derecho internacional relativas a la expulsión colectiva y a la expulsión en masa de extranjeros. Las expresiones “expulsión colectiva” y “expulsión en masa” se utilizan a veces de manera intercambiable a pesar de las posibles distinciones entre ambas situaciones. En el primer caso la expulsión de un número

<sup>2001</sup> *J. N. Zerman v. Mexico*, en John Bassett Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been Party*, vol. IV, Washington, Government Printing Office, 1898, pág. 3348.

<sup>2002</sup> *Rankin v. The Islamic Republic of Iran*, nota 136 *supra*, pág. 142, párr. 22.

<sup>2003</sup> *Ibid.*, pág. 151, párr. 38.

<sup>2004</sup> *Ibid.*, pág. 51, párr. 39.

<sup>2005</sup> Véase la parte III.C.1 a).

incluso relativamente pequeño de extranjeros puede violar la prohibición de la expulsión colectiva si no se considera la expulsión de cada extranjero en forma individual. El carácter colectivo de la expulsión de un grupo de extranjeros en cuanto a tales es el elemento esencial de la prohibición colectiva. En el segundo caso, la expulsión de un gran número de personas puede constituir una violación de la prohibición de la expulsión en masa. En teoría, la prohibición de la expulsión en masa puede violarse incluso en situaciones en que la expulsión de los extranjeros se ha considerado en forma individual. Sin embargo, como cuestión práctica, esa consideración es menos probable en situaciones que implican la expulsión de gran número de personas. En cualquier caso, el carácter cuantitativo de la expulsión de un gran número de extranjeros parece ser el elemento esencial del concepto de expulsión *en masa* (por oposición a la expulsión *colectiva*).

986. La expulsión colectiva de un grupo de extranjeros o la expulsión en masa de gran número de extranjeros puede ocurrir respecto de extranjeros que tienen alguna característica en común o son miembros de un grupo determinado. La expulsión colectiva o en masa de extranjeros por razones discriminatorias, como la raza, puede violar no solamente la prohibición de la expulsión colectiva en masa sino el principio de no discriminación<sup>2006</sup>. Puede considerarse que este tipo de expulsión discriminatoria ilícita constituye una forma agravada de la prohibición de expulsión colectiva o en masa. No obstante, el fundamento discriminatorio no es necesariamente requisito de la prohibición de la expulsión colectiva ni de la expulsión en masa.

## **B. Expulsión individual, expulsión colectiva y expulsión en masa**

987. Hay distinciones fundamentales entre la expulsión de uno o más extranjeros, la expulsión colectiva de un grupo de extranjeros y la expulsión en masa de un gran número de extranjeros.

### **1. Expulsión individual**

988. La función de la expulsión de un extranjero consiste en obligar a la salida del extranjero si su presencia es contraria a los intereses del Estado territorial. Las limitaciones generales de la expulsión de extranjeros tanto con arreglo al derecho internacional tradicional como al contemporáneo se refieren a la determinación de esta cuestión esencial por un Estado en relación con una persona determinada. Los motivos y otros factores que afectan a la expulsión de extranjeros, los requisitos procesales de la expulsión de extranjeros y las normas relativas a la ejecución de la decisión de expulsión tienen por objeto ser aplicadas respecto de cada extranjero en casos determinados.

989. Se ha opinado que puede resultar difícil distinguir entre la expulsión individual de un gran número de extranjeros y la expulsión colectiva de un grupo de extranjeros en cuanto tales<sup>2007</sup>. El hecho de que un cierto número de individuos estén sujetos a expulsión el mismo día o en un breve plazo de tiempo no hace que

<sup>2006</sup> La expulsión de un extranjero puede también violar el principio de no discriminación, y, por lo tanto, constituir una violación del derecho internacional, como se examinó en las partes VI.B.2, VII A.7, VII.B.6 y VIII.B.1.

<sup>2007</sup> “Con frecuencia puede no ser fácil distinguir la expulsión de muchos individuos de la expulsión colectiva de un grupo de individuos”, Karl Doehring, “Aliens, Expulsion and Deportation”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 109 a 112, en especial pág. 111.



esas expulsiones sean una expulsión colectiva en tanto cada caso de expulsión de cada extranjero se considera de forma individual. La expulsión de uno o más o incluso de todos esos individuos puede no cumplir con algunos o todos los requisitos de la expulsión lícita examinadas en las partes VI a IX (o en la parte X en el caso de categorías determinadas de extranjeros). Una pauta de violaciones ilícitas sería causa de grave preocupación. Sin embargo, la ilicitud de una serie de expulsiones individuales no cambiaría el carácter de esas expulsiones de la expulsión de un número de extranjeros de forma individual a una expulsión colectiva. Cada expulsión individual constituiría una violación de las normas de derecho internacional que rigen la expulsión de individuos extranjeros, como se examinó en las partes VI a X.

## **2. Expulsión colectiva**

990. Por el contrario, la expulsión colectiva de un grupo de extranjeros no toma en cuenta las consecuencias de la presencia, los motivos y otros factores que afectan a la expulsión, los requisitos procesales de la expulsión ni las normas relativas a la ejecución de la decisión de expulsión con respecto a uno solo de esos extranjeros. La decisión de expulsión se adopta con respecto al grupo de extranjeros en su conjunto. El procedimiento se sigue respecto del grupo de extranjeros en su conjunto. La ejecución de la decisión se hace con respeto al grupo de extranjeros en su conjunto. La expulsión colectiva de un grupo de extranjeros, por definición, no puede cumplir con las limitaciones o requisitos aplicables a la expulsión de un individuo extranjero. En teoría, la prohibición de expulsión colectiva podría violarse con la expulsión de un grupo reducido de extranjeros (por ejemplo, dos o más) cuyo caso no fuera considerado en forma individual. En la práctica, la expulsión colectiva por lo general se ha producido respecto de varios extranjeros.

991. Los extranjeros que son miembros de un grupo sometidos a la expulsión colectiva suelen tener algunas características comunes que los identifican o los unen en tanto miembros de un grupo. De esta manera, la prohibición de la expulsión colectiva puede contener un elemento discriminatorio en reconocimiento del significado práctico de ese elemento, así como del carácter particularmente irritante de una expulsión colectiva, que viola además el principio de la no discriminación. No obstante, este elemento adicional no es esencial a la prohibición de expulsión colectiva en tanto violación del derecho internacional. De hecho, un Estado puede violar la prohibición de la expulsión colectiva sin discriminar contra ninguno de los individuos en cuestión por motivos que serían prohibidos en el derecho internacional. Ese sería el caso si un Estado decidiera expulsar colectivamente a todos los individuos que hubieran participado en un motín sin examinar la gravedad del delito cometido por cada individuo, el papel específico que hubieran tenido en el motín o los efectos de la expulsión sobre su situación determinada (por ejemplo, sobre su vida familiar).

992. Además, es importante señalar que la consideración de la pertenencia de un individuo a un grupo o la conducta de un individuo en relación con un grupo como motivo de la expulsión de ese individuo no violaría en tanto tal la prohibición de expulsión colectiva. Un ejemplo de esa situación sería la expulsión de un individuo sobre la base de su pertenencia a una organización delictiva o a una organización cuya actividad fuera en desmedro de los intereses del Estado. En ese caso la expulsión del individuo por motivos relacionados con su pertenencia a un grupo seguiría constituyendo una expulsión individual basada en la consideración del caso de un extranjero determinado como consecuencia de su propia conducta.

### 3. Expulsión en masa

993. En general se considera que la expulsión en masa de extranjeros implica a un gran número de personas<sup>2008</sup>. Este elemento cuantitativo distingue a la expulsión en masa de la expulsión individual y de la expulsión colectiva. No hay un límite convenido respecto del número de extranjeros que se requiere para que la expulsión de numerosos extranjeros constituya expulsión en masa<sup>2009</sup>. La práctica de los Estados puede dar alguna explicación a este respecto.

994. La falta de tratamiento individual en la expulsión de extranjeros, que es la distinción fundamental entre la expulsión individual y la expulsión colectiva, no es necesariamente un elemento esencial de la definición de expulsión en masa o de la prohibición de la expulsión en masa. Si está presente este elemento de la determinación colectiva de la expulsión de un grupo de extranjeros *en tanto tales* puede considerarse que la expulsión en masa constituye una violación excesiva de la prohibición de la expulsión colectiva. Sin embargo, puede prohibirse la expulsión en masa incluso a falta de este elemento de colectividad, en situaciones en que una expulsión en masa impondría una carga excesiva a los Estados receptores en violación del derecho internacional. En esos casos, y según las circunstancias, el Estado que adopta la medida de expulsión puede violar la prohibición del abuso de derecho<sup>2010</sup> al expulsar un gran número de extranjeros al mismo tiempo o dentro de un plazo limitado.

995. La expulsión en masa de extranjeros enemigos, nacionales de un Estado opuesto durante un conflicto armado, puede ser permisible si se cumplen normas mínimas de derecho humanitario y de derechos humanos. Como se examinó anteriormente, la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía sostuvo el derecho de un Estado a expulsar a todos los extranjeros enemigos durante un conflicto armado. No obstante, la Comisión consideró si se había respetado en la medida de lo posible durante el conflicto armado la protección prevista en las normas de derecho humanitario internacional y de derechos humanos respecto de los extranjeros considerados en forma individual<sup>2011</sup>. De esta manera, parece no haber una excepción a la prohibición de la expulsión colectiva de un grupo de extranjeros en tanto tales incluso en un período de conflicto armado.

### C. Expulsión colectiva

996. La expulsión colectiva está expresamente prohibida en algunos tratados de derechos humanos, incluidas la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo No. 4 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las

<sup>2008</sup> Véase, por ejemplo, Jean-Marie Henckaerts, “The Current Status and Content of the Prohibition of Mass Expulsion of Aliens”, en *Human Rights Law Journal*, vol. 15, No. 8 a 10, 30 de noviembre de 1994, págs. 301 a 317, en especial pág. 301 (“En su significado ordinario, la expulsión en masa, por oposición a la expulsión individual, se refiere a la expulsión de un grupo grande de personas”).

<sup>2009</sup> “No hay una respuesta absoluta en cuanto al tamaño del grupo que constituye una masa o no. En derecho internacional se ha evitado este callejón sin salida con normas cualitativas, no cuantitativas, como se refleja más apropiadamente en la expulsión colectiva”, Jean-Marie Henckaerts, *Mass Expulsion in Modern International Law and Practice*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pág. 1.

<sup>2010</sup> Véase la parte VI.A.1.

<sup>2011</sup> Véase la parte X.H (en particular, los párrafos 2 b), 4 y 5).

Libertades Fundamentales, y la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares<sup>2012</sup>.

997. La Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíbe expresamente la expulsión colectiva de extranjeros. El párrafo 9 del artículo 22 dispone lo siguiente:

“Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.”

998. La Declaración de San José sobre los Derechos Humanos, adoptada en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en 1969, contiene la misma prohibición. El párrafo 9 del artículo 22 dispone lo siguiente:

“Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.”<sup>2013</sup>

999. Más recientemente se reiteró la prohibición de expulsión colectiva en la Declaración de Santiago sobre principios migratorios, aprobada por los Ministerios de Interior del Mercosur y los Estados asociados en 2004<sup>2014</sup>.

1000. El Protocolo No. 4 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales prohibió también expresamente la expulsión colectiva. El artículo 4 dispone lo siguiente:

“Se prohíbe la expulsión colectiva.”

1001. Al interpretar el artículo 4 del Protocolo No. 4 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha distinguido entre la expulsión colectiva de extranjeros y la expulsión de uno o más extranjeros en forma individual de la manera siguiente:

“El Tribunal decide que ha de entenderse la expulsión colectiva como toda medida encaminada a obligar a los extranjeros, en tanto grupo, a salir de un país, salvo en los casos en que esa medida se adopte sobre la base de un examen razonable y objetivo del caso particular de cada extranjero del grupo. Además, el hecho de que un cierto número de extranjeros resulte afectado por decisiones semejantes no lleva a concluir que haya una expulsión colectiva cuando cada persona interesada ha tenido la oportunidad de plantear los argumentos para objetar su expulsión a las autoridades competentes en forma individual ...”<sup>2015</sup>

1002. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha confirmado la distinción entre expulsión colectiva y expulsión individual en la jurisprudencia siguiente:

“El Tribunal reiteró su jurisprudencia en cuya virtud la expulsión colectiva, dentro de los términos del artículo 4 del Protocolo No. 4, ha de

<sup>2012</sup> “Diversos instrumentos internacionales consagran el principio de que está prohibida la expulsión colectiva de extranjeros”, Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, Sección de Asesoramiento Letrado y Política de Protección, ACNUR, Ginebra, 4 de septiembre de 2003 (incluido el anexo A), pág. 42.

<sup>2013</sup> Firmada en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969.

<sup>2014</sup> Santiago de Chile, 17 de mayo de 2004 ([www.digemin.gob.pe/f\\_home\\_digemin.asp?cpd=385](http://www.digemin.gob.pe/f_home_digemin.asp?cpd=385)). La Declaración contiene un párrafo con el texto siguiente: “Condenar prácticas de xenofobia, deportaciones en masa o en grupo, y detenciones sin respaldo legal”.

<sup>2015</sup> *Case of Vedran Andric v. Sweden*, decisión sobre la admisibilidad de la demanda 45917/99, párr. 1 (fundamentos de derecho). Aplicando esos criterios el Tribunal concluyó que la demanda estaba manifiestamente infundada. Véase también *Becker v. Denmark*, decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos sobre la admisibilidad de la demanda 7011/75, 19 Y.B. Eur. Conv. on H.R. 416, 454 (1976).

entenderse como toda medida encaminada a obligar a extranjeros, en tanto grupo, a salir de un país, salvo en los casos en que se haya adoptado esa medida sobre la base de un examen razonable y objetivo del caso particular de cada extranjero del grupo [...]. Eso no significa, sin embargo, que cuando se cumpla esta condición los antecedentes de la ejecución de la orden de expulsión no tengan una función además de determinar si se ha cumplido el artículo 4 del Protocolo No. 4<sup>2016</sup>.

En suma, en ningún momento en el período entre la notificación para que los extranjeros asistieran a la estación de policía y su expulsión se dieron en el procedimiento garantías suficientes que demostraran que las circunstancias personales de cada uno de los interesados se habían tomado auténtica e individualmente en cuenta.”<sup>2017</sup>

1003. La Convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares prohíbe expresamente la expulsión colectiva de esas personas. El párrafo 1 del artículo 22 dispone lo siguiente:

“Los trabajadores migratorios y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente.”

1004. La expulsión está prohibida implícitamente por otros tratados de derechos humanos que limitan la expulsión de extranjeros a casos individuales, incluidos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Protocolo del Convenio Europeo de Establecimiento.

1005. El artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no contiene una prohibición explícita de la expulsión colectiva. Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos ha expresado la opinión de que una expulsión de ese tipo sería contraria a las garantías procesales de los extranjeros. En su Observación general No. 15 sobre la posición general de los extranjeros con arreglo al Pacto, el Comité de Derechos Humanos declaró lo siguiente:

“10. El artículo 13 regula directamente sólo el procedimiento y no los fundamentos sustantivos de la expulsión. No obstante, al permitir solamente las expulsiones ‘en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley’, su objetivo es claramente impedir las expulsiones arbitrarias. *Por otra parte, otorga a cada extranjero el derecho a que se adopte una decisión en su propio caso y, por lo tanto, no cumple lo dispuesto en el artículo 13 con leyes o decisiones que dispongan expulsiones colectivas o en masa.* Este entendimiento, en opinión del Comité, queda confirmado por otras disposiciones relativas al derecho a aducir argumentos contra la expulsión y a que la decisión sea sometida a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas por ella, y a hacerse representar ante ellas. 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 sólo pueden dejar de aplicarse por ‘razones imperiosas de seguridad nacional’. En la aplicación del artículo 13 no se puede discriminar

<sup>2016</sup> *Case of Conka v. Belgium*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 5 de febrero de 2002, párr. 59.

<sup>2017</sup> *Case of Conka v. Belgium*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 5 de febrero de 2002, párr. 63.

entre las diferentes categorías de extranjeros.” [Sin cursiva en el original.]<sup>2018</sup>

1006. El Protocolo del Convenio Europeo de Establecimiento prohíbe expresamente la expulsión colectiva al disponer que un Estado podrá ejercer su derecho a la expulsión de extranjeros solamente en casos individuales. El inciso c) del artículo III del Protocolo dispone lo siguiente:

“El derecho de expulsión sólo podrá ejercerse en casos individuales”.

1007. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea prohíbe expresamente las expulsiones colectivas. En el párrafo 1 del artículo 19 se dispone lo siguiente:

“Se prohíben las expulsiones colectivas.”<sup>2019</sup>

1008. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha indicado también que debe prohibirse la expulsión colectiva de extranjeros. En su recomendación general XXX el Comité recomendó a los Estados Partes en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial:

“Garantizar que los no ciudadanos no serán objeto de una expulsión colectiva, en particular cuando no haya garantías suficientes de que se han tenido en cuenta las circunstancias personales de cada una de las personas afectadas.”<sup>2020</sup>

1009. El Relator Especial sobre los derechos de los no ciudadanos, David Weissbrodt, dijo también que la expulsión colectiva de extranjeros, como grupo, queda prohibida a falta de consideración de cada caso en particular. En su informe final, el Relator Especial señaló lo siguiente:

“Cualquier medida que obligue a no ciudadanos, como grupo, a salir de un país queda prohibida excepto cuando se adopte sobre la base de un examen razonable y objetivo del caso particular de cada no ciudadano perteneciente al grupo.”<sup>2021</sup>

#### D. Expulsión colectiva por motivos discriminatorios

1010. La Asamblea General ha reconocido que la expulsión individual o colectiva de extranjeros en violación del principio de la no discriminación está prohibida. En la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven la Asamblea General declaró lo siguiente:

“Queda prohibida la expulsión individual o colectiva de esos extranjeros por motivos de raza, color, religión, cultura, linaje u origen nacional o étnico.”<sup>2022</sup>

<sup>2018</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación general No. 15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, párr. 10.

<sup>2019</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Diario Oficial C-364*, 18 de diciembre de 2000, págs. 1 a 22.

<sup>2020</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, nota 1164 *supra*, párr. 26.

<sup>2021</sup> Los derechos de los no ciudadanos, nota 564 *supra*, párr. 11 (en referencia al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Conka v. Belgium*, demanda 51564/99, 5 de febrero de 2002).

<sup>2022</sup> Resolución 40/144, Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, 13 de diciembre de 1985, párr. 7.

## E. Expulsión en masa

1011. El artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no contiene una prohibición expresa de la expulsión en masa. Como se examinó anteriormente, el Comité de Derechos Humanos ha expresado la opinión de que una expulsión de ese tipo sería contraria a las garantías procesales de los extranjeros<sup>2023</sup>. El Comité de Derechos Humanos ha sostenido además que la expulsión en masa de trabajadores haitianos de la República Dominicana constituyó una “violación grave de varios artículos del Pacto”<sup>2024</sup>.

1012. La prohibición de la expulsión en masa figura expresamente en la Declaración de Santiago sobre los principios migratorios, aprobada por los Ministerios de Interior del Mercosur y Estados asociados<sup>2025</sup>.

1013. En 1986 la Asociación de Derecho Internacional aprobó la declaración de principios de derecho internacional sobre las expulsiones en masa. La Asociación de Derecho Internacional adoptó la posición de que la expulsión en masa de extranjeros ilegales debe hacerse de conformidad con el derecho internacional. El texto del principio 18 de la Declaración es el siguiente:

“La expulsión en masa de trabajadores o extranjeros ‘indocumentados’ o ilegales debe hacerse también en plena conformidad con los instrumentos internacionales aplicables de la OIT y de otro orden, así como del derecho internacional consuetudinario.”<sup>2026</sup>

## F. Expulsión en masa por motivos discriminatorios

1014. La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos prohíbe la expulsión en masa por motivos contrarios al principio de no discriminación. El texto del párrafo 5 del artículo 12 es el siguiente:

“Está prohibida la expulsión en masa de extranjeros. Por expulsión en masa se entiende la que engloba a grupos nacionales, raciales, étnicos o religiosos.”

1015. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha destacado que la expulsión en masa de extranjeros es discriminatoria, no puede justificarse por consideraciones de orden económico y es probable que viole numerosos derechos y garantías enunciados en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, incluido el derecho de recurrir la medida ante una autoridad competente.

<sup>2023</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación general No. 15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, párr. 10, citado más arriba.

<sup>2024</sup> Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: República Dominicana, 25 y 26 de marzo de 1993, A/48/40 (vol. 1), párr. 460 (“Ha habido incidentes de expulsiones en masa [de trabajadores haitianos] del país. En tal sentido, el Comité considera que el Decreto Presidencial No. 233-91, que dio como resultado la deportación en masa de trabajadores haitianos menores de 16 años de edad y mayores de 60, constituye una violación grave de varios artículos del Pacto”).

<sup>2025</sup> Santiago de Chile, 17 de mayo de 2004, en [www.digemin.gob.pe/f\\_home\\_digemin.asp?cpd=385](http://www.digemin.gob.pe/f_home_digemin.asp?cpd=385). La Declaración contiene un párrafo con el texto siguiente: “Condenar prácticas de xenofobia, deportaciones en masa o en grupo, y detenciones sin respaldo legal”.

<sup>2026</sup> Asociación de Derecho Internacional, Declaración de principios de derecho internacional sobre la expulsión en masa, 62ª conferencia de la ADI, Seúl, 24 a 30 de agosto de 1986, *Conference Report 1986*, págs. 17 y 18.

“14. El párrafo 4 del artículo 12 estipula que solamente se podrá expulsar a un no nacional que hubiera sido admitido legítimamente en el territorio de un Estado parte en la presente Carta en virtud de una decisión adoptada con arreglo a la ley. El párrafo 5 del mismo artículo estipula que está prohibida ‘la expulsión en masa de extranjeros. Por expulsión en masa se entiende la que engloba a grupos nacionales, raciales, étnicos o religiosos’.

15. En la comunicación 71/92, citada anteriormente, la Comisión indicó que la expulsión en masa era una amenaza especial a los derechos humanos. Una medida de gobierno orientada especialmente a grupos nacionales, raciales, étnicos o religiosos concretos se califica en general de discriminatoria en el sentido de que ninguna de sus características tiene una base jurídica ni puede constituir una fuente de incapacidad particular.

16. La Comisión reconoce que los Estados africanos en general y la República de Angola en particular están enfrentados a muchos retos, principalmente de orden económico. Ante esas dificultades los Estados recurren con frecuencia a medidas radicales encaminadas a proteger a sus nacionales y a su economía de los no nacionales. Independientemente de las circunstancias, sin embargo, no se deben adoptar esas medidas en desmedro del goce de los derechos humanos. Las expulsiones en masa de cualquier categoría de personas, ya sea basada en la nacionalidad, la religión, en consideraciones étnicas, raciales o de otro orden ‘constituye una violación especial de los derechos humanos’.

17. Este tipo de deportaciones pone en tela de juicio toda una serie de derechos reconocidos y garantizados en la Carta, como el derecho de propiedad (artículo 14), el derecho al trabajo (artículo 15) y el derecho a la educación (párrafo 1 del artículo 17), y da como resultado la violación por el Estado de las obligaciones que le incumben con arreglo al párrafo 1 del artículo 18, que indica que la familia será la unidad natural y base de la sociedad y será protegida por el Estado, que se ocupará de su salud física y moral. Al deportar a las víctimas, separando de esta manera a algunos de ellos de sus familias, el Estado demandado ha violado y viola la letra de ese texto.

18. El artículo 2 de la Carta estipula con énfasis que ‘todo individuo tendrá derecho a gozar de los derechos y las libertades reconocidos y garantizados en la presente Carta sin distinción alguna de raza, grupo étnico, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otro orden, origen nacional y social, fortuna, nacimiento u otra condición.’ Ese texto obliga a los Estados partes a garantizar que las personas que viven en su territorio, ya sean nacionales o no nacionales, gocen de los derechos garantizados en la Carta. En este caso los derechos de las víctimas a la igualdad ante la ley fueron pisoteados en razón de su origen.

19. Del expediente se desprende que las víctimas no tuvieron oportunidad de recurrir ante las jurisdicciones competentes que deberían haber fallado respecto de su detención, así como respecto de la regularidad y legalidad de la decisión de expulsarlos adoptada por el Gobierno de Angola. En consecuencia, se violó lo dispuesto en el párrafo 1 a) del artículo 7 de la Carta.

20. La Comisión no desea dudar ni está dudando del derecho de Estado alguno a adoptar medidas legítimas contra inmigrantes ilegales y deportarlos a sus países de origen, si los tribunales competentes así lo deciden. Considera, sin embargo, que es inaceptable deportar a personas sin darles la posibilidad de

defender su causa ante los tribunales nacionales competentes por cuanto esto es contrario al espíritu y la letra de la Carta y el derecho internacional. [...]”<sup>2027</sup>

1016. El Relator Especial sobre los derechos de los no ciudadanos, David Weissbrodt, indicó además que la expulsión en masa de extranjeros que viola el principio de no discriminación constituye una violación de los derechos humanos sobre la base de la jurisprudencia de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. En su informe final el Relator Especial señaló lo siguiente:

“Las expulsiones en masa por motivos de nacionalidad, religión, consideraciones étnicas, raciales o de otro orden constituyen violaciones de los derechos humanos.”<sup>2028</sup>

1017. La Asociación de Derecho Internacional ha expresado la opinión de que la expulsión en masa está prohibida, entre otras cosas, cuando es arbitraria o discriminatoria, sirve de pretexto para un objetivo ilícito, es contraria a los principios de buena fe, proporcionalidad y justificabilidad, o a los derechos humanos fundamentales. La Declaración de principios de derecho internacional sobre la expulsión en masa indica en el principio 17:

“La expulsión en masa de extranjeros, ya se trate de residentes de largo plazo, trabajadores migratorios, apátridas o aspirantes irregulares al asilo, no debe ser arbitraria ni discriminatoria en su aplicación, ni servir de pretexto para el genocidio, la confiscación de bienes o la represalia. La facultad de expulsión debe ejercerse de conformidad con los principios de buena fe, proporcionalidad y justificabilidad, con la debida consideración por los derechos humanos fundamentales de la persona de quien se trate.”<sup>2029</sup>

## G. Posibles excepciones de la prohibición de la expulsión en masa

1018. Puede haber situaciones excepcionales en que esté permitida la expulsión de gran número de extranjeros a pesar de la prohibición de la expulsión en masa.

### 1. Ex nacionales de un Estado cuyo territorio haya cambiado

1019. Cabe señalar los laudos arbitrales dictados en 1924 en el *Affaire relative à l'acquisition de la nationalité polonaise*, que se ocupó del caso de residentes que habían pasado a ser extranjeros como resultado de un cambio territorial. El árbitro decidió:

“Cabe admitir, por otra parte, que el Estado receptor normalmente tiene derecho a exigir la emigración de los habitantes del territorio cedido que hayan optado por la nacionalidad del Estado cedente. Este principio, que ha sido forjado en la práctica internacional, y que está reconocido expresamente por los tratadistas más distinguidos, constituye la base misma de las

<sup>2027</sup> Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, nota 386 *supra*, párrs. 14 a 20 (se omiten las citas).

<sup>2028</sup> Los derechos de los no ciudadanos, nota 460 *supra*, nota 27 (en referencia a la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Federación Internacional de Ligues des droits de l'homme v. Angola*, comunicación No. 159/96 (sin fecha) y *Rencontre africaine pour la défense des droits de l'homme v. Zambia*, comunicación No. 71/92 (sin fecha)).

<sup>2029</sup> Asociación de Derecho Internacional, Declaración de principios de derecho internacional sobre la expulsión en masa, 62ª Conferencia de la ADI, Seúl, 24 a 30 de agosto de 1986, *Conference Report 1986*, págs. 17 y 18.



disposiciones relativas a una opción de ese tipo, que se han insertado en los recientes tratados de paz. La eliminación de ese derecho, en el caso de autos, sería tan excepcional que no cabe presumirla.”<sup>2030</sup>

## 2. Nacionales enemigos durante un conflicto armado

1020. Como se examinó anteriormente, un Estado tiene derecho a expulsar a todos los extranjeros enemigos que sean nacionales de un Estado opositor durante un conflicto armado. Este derecho constituye una excepción a la prohibición de la expulsión en masa. No obstante, la expulsión de extranjeros enemigos debe cumplir los principios pertinentes del derecho internacional humanitario y las normas internacionales de derechos humanos aplicables en tiempo de conflicto armado en la medida en que lo permitan esas circunstancias excepcionales<sup>2031</sup>.

---

<sup>2030</sup> *Affaire relative à l'acquisition de la nationalité polonaise (Allemagne contre Pologne)* laudo de 10 de julio de 1924, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. I, pág. 401, en especial págs. 426 y 427 [traducido del original francés por la Secretaría: “il faut admettre, d'autre part, qu'un Etat cessionnaire a normalement le droit d'exiger l'émigration des habitants du territoire cédé qui ont opté en faveur du pays cédant. Ce principe, consacré par la pratique internationale, et expressément admis par les meilleurs auteurs, se trouve à la base même des dispositions concernant l'option insérées dans les récents traités de paix. La suppression de ce droit, en l'espèce, aurait un caractère suffisamment exceptionnel pour qu'on ne puisse la présumer”].

<sup>2031</sup> Véase la parte X.H (en particular 2 b), 4 y 5).

## Anexo I

### Bibliografía selecta

#### I. Tratados y documentos similares

- Convención relativa a los Derechos de Extranjería, México, 29 de enero de 1902, en *Treaties and conventions signed at the second international conference of American States, OAS, Serie sobre Tratados*, vol. 32, págs. 58 a 63.
- Convención sobre condiciones de los extranjeros, La Habana, 20 de febrero de 1928, en Charles I. Bevans (dir.), *Treaties and other international agreements of the United States of America 1776-1949, vol. 2: Multilateral, 1918-1930*, págs. 710 a 713.
- Protocolo especial sobre la apatridia, La Haya, 12 de abril de 1930, *International Legal Materials*, vol. 13, 1974, pág. 1.
- Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados, Montevideo, 26 de diciembre de 1933, Sociedad de las Naciones, *Treaty Series*, vol. 165, pág. 19.
- Convenio sobre Aviación Civil Internacional, Chicago, 7 de diciembre de 1944, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 15, No. 102, pág. 295, y anexo 9, Facilitación, 12ª ed. (que incorpora las enmiendas 1 a 19), julio de 2005.
- Convención sobre Prerrogativas e Inmidades de las Naciones Unidas, Nueva York, 13 de febrero de 1946, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1, No. 4, pág. 15.
- Constitución de la Organización Internacional de Refugiados, Nueva York, 15 de diciembre de 1946, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 18, No. 283, pág. 3.
- Acuerdo referente a la Sede de las Naciones Unidas, Lake Success, 26 de junio de 1947, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 31 de octubre de 1947, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 11, No. 147, pág. 11.
- Convenio (No. 97) sobre los trabajadores migrantes (revisado en 1949), Ginebra, 1º de julio de 1949, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 120, No. 1616, pág. 71.
- Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, Ginebra, 12 de agosto de 1949, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, No. 973, pág. 287.
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, enmendado por el Protocolo No. 11, Roma, 4 de noviembre de 1950, *European Treaty Series*, No. 5.
- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, Ginebra, 28 de julio de 1951, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 189, No. 2545, pág. 150.
- Protocolo No. 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, París, 20 de marzo de 1952, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 213, No. 2889, pág. 262.
- Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, Nueva York, 31 de marzo de 1953, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 193, No. 2613, pág. 136.

- Convención sobre Asilo Territorial, Caracas, 28 de marzo de 1954, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1438, No. 24378, pág. 127.
- Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, Nueva York, 28 de septiembre de 1954, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 360, No. 5158, pág. 117.
- Convenio Europeo de Establecimiento (con Protocolo), París, 13 de diciembre de 1955, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 529, No. 7660, pág. 141.
- Convención sobre la Alta Mar, Ginebra, 29 de abril de 1958, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 450, No. 6465, pág. 115.
- Convenio sobre los documentos de identidad de la gente de mar, Ginebra, 13 de mayo de 1958, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 389, No. 108, pág. 277.
- Convención de aplicación de los artículos 55 y 56 del Tratado por el que se establece la Unión Económica del Benelux, Bruselas, 19 de septiembre de 1960, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 480, No. 5471, pág. 424.
- Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, 18 de abril de 1961, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 500, No. 7310, pág. 162.
- Convención para reducir los casos de apatridia, Nueva York, 30 de agosto de 1961, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 989, No. 14458, pág. 221.
- Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, Viena, 24 de abril de 1963, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 596, No. 8638, pág. 392.
- Protocolo No. 4 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, por el que se garantizan determinados derechos y libertades distintos de aquéllos ya incluidos en el Convenio y en su primer Protocolo, enmendado por el Protocolo No. 11, Estrasburgo, 16 de septiembre de 1963, *European Treaty Series*, No. 46.
- Convención sobre facilitación del tráfico marítimo internacional, Londres, 9 de abril de 1965, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 591, No. 8564, pág. 265.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Nueva York, 21 de diciembre de 1965, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 660, No. 9464, pág. 212.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 16 de diciembre de 1966, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, No. 4668, pág. 171.
- Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, Nueva York, 31 de enero de 1967, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 606, No. 8791, pág. 267.
- Convención de la Organización de la Unidad Africana que regula los aspectos propios de los problemas de los refugiados en África, Addis Abeba, 10 de septiembre de 1969, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1001, No. 14691, pág. 45.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, 22 de noviembre de 1969, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1144, No. 17955, pág. 124.
- Convención sobre las Misiones Especiales, 8 de diciembre de 1969, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1400, No. 23431, pág. 297.

- Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar, Londres, 1º de noviembre de 1974, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1185, No. 18961, pág. 396.
- Convenio (No. 143) sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes, Ginebra, 24 de junio de 1975, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1120, No. 17426, pág. 323.
- Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), Ginebra, 8 de junio de 1977, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1125, No. 17512, pág. 3.
- Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), Ginebra, 8 de junio de 1977, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1125, No. 17513, pág. 609.
- Convenio europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante, Estrasburgo, 24 de noviembre de 1977, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1496, No. 25700, pág. 3.
- Convenio internacional sobre búsqueda y salvamento marítimo, Hamburgo, 27 de abril de 1979, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1405, No. 23489, pág. 166.
- Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Nairobi, 27 de junio de 1981, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1520, No. 26363, pág. 217.
- Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Montego Bay, 10 de diciembre de 1982, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1834, No. 31363, pág. 371.
- Protocolo No. 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Estrasburgo, 22 de noviembre de 1984, *European Treaty Series*, No. 117.
- Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, 22 de noviembre de 1984, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Doc. OEA, OEA/Ser.L/V/II.66/doc.10, rev. 1, 1984-1985, págs. 190 a 193.
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Nueva York, 10 de diciembre de 1984, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1465, No. 24841, pág. 113.
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, Cartagena de Indias (Colombia), 9 de diciembre de 1985, *International Legal Materials*, vol. 25, 1986, pág. 519.
- Convención sobre los Derechos del Niño, Nueva York, 20 de noviembre de 1989, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1577, No. 27531, pág. 3.
- Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Nueva York, 18 de diciembre de 1990, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2220, No. 39481, pág. 3.

Declaración Conjunta de Cuba-Estados Unidos sobre la Normalización de las Relaciones Migratorias, sobre la base del Acuerdo del 9 de septiembre de 1994 (Declaración Conjunta, 2 de mayo de 1995; Comunicado Conjunto en el que figura el Acuerdo, Nueva York, 9 de septiembre de 1994), *International Legal Materials*, vol. 35, marzo de 1996, págs. 327 a 330.

Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Nueva York, 15 de noviembre de 2000, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1678, No. 29004, pág. 201.

Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Nueva York, 15 de noviembre de 2000, No. 39574, *International Legal Materials*, vol. 40, 2001, pág. 335.

## II. Jurisprudencia internacional

### A. Órganos judiciales

#### 1. Corte Internacional de Justicia

*Causa Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, *I.C.J. Pleadings*, vol. I, 1955.

*Causa relativa a los ensayos nucleares (Australia c. Francia)*, sentencia de 20 de diciembre de 1974, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 253.

*Causa relativa a la delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo de Maine (Canadá/Estados Unidos de América)*, sentencia de 12 de octubre de 1984, *I.C.J. Reports 1984*, pág. 246.

*Causa relativa a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*, competencia y admisibilidad, sentencia de 26 de noviembre de 1984, *I.C.J. Reports 1984*, pág. 392.

*Causa relativa a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*, fondo, sentencia de 27 de junio de 1986, *I.C.J. Reports 1986*, pág. 111.

*Causa relativa a las acciones armadas fronterizas y transfronterizas (Nicaragua c. Honduras)*, competencia y admisibilidad, sentencia de 20 de diciembre de 1988, *I.C.J. Reports 1988*, pág. 69.

*Causa relativa a Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos de América c. Italia)*, sentencia de 20 de julio de 1989, *I.C.J. Reports 1989*, pág. 65.

*Causa relativa a la frontera terrestre y marítima entre el Camerún y Nigeria (Camerún c. Nigeria)*, excepciones preliminares, sentencia de 11 de junio de 1998, *I.C.J. Report 1998*, pág. 275.

*Causa Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo)*, Corte Internacional de Justicia, solicitud para incoar un procedimiento,

presentada en la Secretaría de la Corte el 28 de diciembre de 1998, Lista General, No. 103, 1998.

## 2. Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia

*Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, causa No. IT-95-14-T, sentencia de 3 de marzo de 2000.

*Prosecutor v. Radislav Krstić*, causa No. IT-98-33-T, sentencia de 2 de agosto de 2001.

*Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, causa No. IT-97-25-T, sentencia de 15 de marzo de 2002.

*Prosecutor v. Mladen Naletilić, alias "TUTA" and Vinko Martinović, alias "ŠTELA"*, causa No. IT-98-34-T, sentencia de 31 de marzo de 2003.

*Prosecutor v. Milomir Stakić*, causa No. IT-97-24-T, sentencia de 31 de julio de 2003.

*Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, causa No. IT-97-25-A, sentencia de 17 de septiembre de 2003.

*Prosecutor v. Blagoje Simić, Miroslav Tadić, Simo Zarić*, causa No. IT-95-9-T, sentencia de 17 de octubre de 2003.

*Prosecutor v. Radoslav Brđjanin*, causa No. IT-99-36-T, decisión sobre petición de sentencia absolutoria con arreglo al artículo 98 bis, 28 de noviembre de 2003.

*Prosecutor v. Slobodan Milošević*, causa No. IT-02-54-T, decisión sobre petición de sentencia absolutoria, 16 de junio de 2004.

*Prosecutor v. Radoslav Brđjanin*, causa No. IT-99-36-T, sentencia de 1º de septiembre de 2004.

*Prosecutor v. Vidoje Blagojević, Dragan Jokić*, causa No. IT-02-60-T, sentencia de 17 de enero de 2005.

## 3. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

*Case of Soering v. United Kingdom*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 7 de julio de 1989, demanda 14038/88.

*Case of Moustaquim v. Belgium*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 18 de febrero de 1991, demanda 12313/86.

*Case of Cruz Varas and Others v. Sweden*, sentencia (sobre el fondo), 20 de marzo de 1991, demanda 15576/89.

*Case of Vilvarajah and others v. United Kingdom*, sentencia (sobre el fondo), 30 de octubre de 1991, demandas 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 y 13448/87.

*Case of Beldjoudi v. France*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 26 de marzo de 1992, demanda 12083/86.

*Case of Piermont v. France*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 27 de abril de 1995, demandas 15773/89 y 15774/89.

- Case of Nasri v. France*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 13 de julio de 1995, demanda 19465/92.
- Case of C. v. Belgium*, sentencia (sobre el fondo), 7 de agosto de 1996, demanda 21794/93.
- Case of Chahal v. United Kingdom*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 15 de noviembre de 1996, demanda 22414/93.
- Case of Ahmed v. Austria*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 17 de diciembre de 1996, demanda 25964/94.
- Case of Bouchelkia v. France*, sentencia (sobre el fondo), 29 de enero de 1997, demanda 23078/93.
- Case of H. L. R. v. France*, sentencia (sobre el fondo), 29 de abril de 1997, demanda 24573/94.
- Case of Vedran Andric v. Sweden*, decisión sobre la admisibilidad de la demanda 45917/99, 23 de febrero de 1999.
- Case of Boultif v. Switzerland*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 2 de agosto de 2001, demanda 54273/00.
- Case of Conka v. Belgium*, sentencia (sobre el fondo y la satisfacción equitativa), 5 de febrero de 2002, demanda 51564/99.

#### 4. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

- Van Duyn c. Home Office*, asunto 41/74, sentencia de 4 de diciembre de 1974.
- Carmelo Bonsignore c. Oberstadtdirektor der Stadt Köln*, asunto 67/74, sentencia de 26 de febrero de 1975.
- Regina c. Secretary of State for Home Affairs*, ex parte *Mario Santillo*, asunto 131/79, sentencia de 22 de mayo de 1980.
- Rezguia Adoui c. Etat belge y Ville de Liège; Dominique Cornuaille c. Etat belge*, asuntos acumulados C-115/81 y C-116/81, sentencia de 18 de mayo de 1982.
- Massam Dzodzi c. Etat belge*, asuntos acumulados C-297/88 y C-197/89, sentencia de 18 de octubre de 1990.
- The Queen c. Secretary of State for the Home Department*, ex parte *John Gallagher*, asunto C-175/94, sentencia de 30 de noviembre de 1995.
- The Queen c. Secretary of State for the Home Department*, ex parte *Mann Singh Shingara* (asunto C-65/95) y *The Queen c. Secretary of State for the Home Department*, ex parte *Abbas Radiom* (asunto C-111/95), sentencia de 17 de junio de 1997.
- Arios Pagos (Grecia) c. Donatella Calfa*, asunto C-348/96, sentencia de 19 de enero de 1999.
- Omer Nazli y otros c. Stadt Nürnberg*, asunto C-340/97, sentencia de 10 de febrero de 2000.
- The Queen c. Secretary of State for the Home Department*, ex parte *Nana Yaa Konadu Yiadom*, asunto C-357/98, sentencia de 9 de noviembre de 2000.

*Mary Carpenter c. Secretary of State for the Home Department*, asunto C-60/00, sentencia de 11 de julio de 2002.

*Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) c. Etat belge*, asunto C-459/99, sentencia de 25 de julio de 2002.

*Georgios Orfanopoulos y otros c. Land Baden-Württemberg*, asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01, sentencia de 29 de abril de 2004.

*Inan Cetinkaya c. Land Baden-Württemberg*, asunto C-467/02, sentencia de 11 de noviembre de 2004.

## 5. Corte Centroamericana de Justicia

*Dr. Pedro Andrés Fornos Díaz c. el Gobierno de la República de Guatemala*, decisión de 6 de marzo de 1909, *American Journal of International Law*, vol. 3, 1909, pág. 737.

## B. Tribunales de arbitraje

*Lacoste v. Mexico* (Comisión Mexicana), laudo de 4 de septiembre de 1875, 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.

*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, pág. 3348.

*Ynocencio Casanova v. Spain (Spain/United States of America)*, laudo de 26 de diciembre de 1882, en John Bassett Moore, *History and Digest of the International Arbitrations To Which the United States Has Been a Party*, vol. IV, pág. 3353.

*Affaire Ben Tillett (Grande-Bretagne/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*, Deuxième série, Tome XXIX, Leipzig, Librairie Dieterich Theodor Weicher, 1903, págs. 244 a 273.

*Boffolo Case*, Comisión Mixta de Reclamaciones Italia-Venezuela, 1903, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, págs. 528 a 538.

*Oliva Case*, Comisión Mixta de Reclamaciones Italia-Venezuela, 1903, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, págs. 600 a 609.

*Maal Case*, Comisión Mixta de Reclamaciones Países Bajos-Venezuela, 1º de junio de 1903, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, págs. 730 a 733.

*Paquet Case (Expulsion)*, Comisión Mixta de Reclamaciones Bélgica-Venezuela, 1903, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IX, págs. 323 a 325.

*Affaire relative à l'acquisition de la nationalité polonaise (Allemagne contre Pologne)*, laudo de 10 de julio de 1924, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. I, pág. 401.



- Tacna-Arica Question (Chile/Peru)*, laudo de 4 de marzo de 1925, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. II, págs. 921 a 958.
- North American Dredging Company of Texas Case*, Comisión General de Reclamaciones Estados Unidos-México, 31 de marzo de 1926, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, págs. 26 a 35.
- Daniel Dillon (U.S.A.) v. United Mexican States*, Comisión General de Reclamaciones México- Estados Unidos, laudo de 3 de octubre de 1928, Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, págs. 368 a 371.
- Chevreau Case, France and Great Britain*, laudo de 9 de junio de 1931, *Annual Digest of Public International Law Cases, 1931-1932*, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 102, págs. 205 a 208.
- International Technical Products Corporation and ITP Export Corporation v. The Islamic Republic of Iran*, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo de 19 de agosto de 1985, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 9, págs. 10 a 45.
- Alfred L. W. Short v. The Islamic Republic of Iran*, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, laudo de 14 de julio de 1987, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 16, págs. 76 a 102.
- 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.
- 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.
- Libyan Arab Foreign Investment Company (LAFICO) and the Republic of Burundi*, Tribunal de Arbitraje de la República de Burundi, 4 de marzo de 1991, *International Law Reports*, vol. 96, E. Lauterpacht (ed.), C.J. Greenwood, págs. 279 a 333.
- Partial Award, Central Front, Ethiopia's Claim 2*, Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, La Haya, 28 de abril de 2004.
- Partial Award, Civilians Claims, Eritrea's Claims 15, 16, 23 & 27-32*, Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, La Haya, 17 de diciembre de 2004.
- Partial Award, Civilians Claims, Ethiopia's Claim 5*, Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, La Haya, 17 de diciembre de 2004.

### III. Organizaciones internacionales

#### A. Sociedad de las Naciones

- Resolución del Consejo e informe del Sr. Quiñones de León: "Free City of Danzig: Expulsion of Danzig Nationals from Poland", 13 de septiembre de 1924, Sociedad de las Naciones, *Official Journal*, vol. 5, pág. 1551.

Opinión consultiva del Comité de Juristas: “Free City of Danzig: Expulsion of Danzig Nationals from Poland”, 1925, Sociedad de las Naciones, *Official Journal*, vol. 6, pág. 276.

## **B. Naciones Unidas**

### **1. Consejo de Seguridad**

Resolución 89 (1950), 17 de noviembre de 1950.

Resolución 298 (1971), 25 de septiembre de 1971.

Resolución 468 (1980), 8 de mayo de 1980.

Resolución 469 (1980), 20 de mayo de 1980.

Resolución 484 (1980), 19 de diciembre de 1980.

Resolución 607 (1988), 5 de enero de 1988.

Resolución 636 (1989), 6 de julio de 1989.

Resolución 641 (1989), 30 de agosto de 1989.

Resolución 757 (1992), 30 de mayo de 1992.

Resolución 771 (1992), 13 de agosto de 1992.

Resolución 779 (1992), 6 de octubre de 1992.

Resolución 799 (1992), 18 de diciembre de 1992.

Resolución 827 (1993), 25 de mayo de 1993 (en la que figura el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia).

Resolución 1019 (1995), 9 de noviembre de 1995.

Resolución 1034 (1995), 21 de diciembre de 1995.

### **2. Asamblea General**

Resolución 8 (I), Problema de los refugiados, 12 de febrero de 1946.

Resolución 62 (I), Refugiados y personas desalojadas: Constitución de la Organización Internacional de Refugiados y Acuerdo sobre medidas provisionales a tomar respecto de los refugiados y las personas desalojadas, 15 de diciembre de 1946.

Resolución 217 (III), Carta Internacional de los Derechos del Hombre: Declaración Universal de los Derechos del Hombre, 10 de diciembre de 1948.

Resolución 428 (V), Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 14 de diciembre de 1950.

Resolución 2312 (XXII), Declaración sobre el Asilo Territorial, 14 de diciembre de 1967.

Resolución 3452 (XXX), Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, 9 de diciembre de 1975.

- Resolución 32/67, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 8 de diciembre de 1977.
- Resolución 33/26, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 29 de noviembre de 1978.
- Resolución 34/60, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 29 de noviembre de 1979.
- Resolución 35/41, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 25 de noviembre de 1980.
- Resolución 36/125, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 14 de diciembre de 1981.
- Resolución 37/195, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 18 de diciembre de 1982.
- Resolución 38/121, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 16 de diciembre de 1983.
- Resolución 39/140, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 14 de diciembre de 1984.
- Resolución 40/118, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 13 de diciembre de 1985.
- Resolución 40/144, Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, 13 de diciembre de 1985.
- Resolución 41/124, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 4 de diciembre de 1986.
- Resolución 42/109, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 7 de diciembre de 1987.
- Resolución 43/117, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 8 de diciembre de 1988.
- Resolución 43/173, Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, 9 de diciembre de 1988.
- Resolución 44/137, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 15 de diciembre de 1989.
- Resolución 45/140, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 14 de diciembre de 1990.
- Resolución 46/106, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 16 de diciembre de 1991.
- Resolución 46/242, La situación en Bosnia y Herzegovina, 25 de agosto de 1992.
- Resolución 47/105, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 16 de diciembre de 1992.
- Resolución 47/121, La situación en Bosnia y Herzegovina, 18 de diciembre de 1992.
- Resolución 47/133, Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, 18 de diciembre de 1992.

- Resolución 48/102, Prevención del tráfico de indocumentados, 20 de diciembre de 1993.
- Resolución 48/116, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 20 de diciembre de 1993.
- Resolución 49/169, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 23 de diciembre de 1994.
- Resolución 50/88, Fortalecimiento de la coordinación de la asistencia humanitaria de las Naciones Unidas y de socorro en casos de desastre, incluida la asistencia económica especial: asistencia internacional de emergencia para la paz, la normalidad y la reconstrucción del Afganistán asolado por la guerra, 19 de diciembre de 1995.
- Resolución 50/149, Asistencia a los refugiados, los repatriados y las personas desplazadas en África, 21 de diciembre de 1995.
- Resolución 50/152, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 21 de diciembre de 1995.
- Resolución 51/62, Medidas para luchar contra el tráfico ilícito de indocumentados, 12 de diciembre de 1996.
- Resolución 51/71, Asistencia a los refugiados, los repatriados y las personas desplazadas en África, 12 de diciembre de 1996.
- Resolución 51/75, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 12 de diciembre de 1996.
- Resolución 51/116, Situación de los derechos humanos en Bosnia y Herzegovina, la República de Croacia y la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro), 12 de diciembre de 1996.
- Resolución 51/195, Asistencia internacional de emergencia para la paz, la normalidad y la reconstrucción del Afganistán asolado por la guerra y la situación en el Afganistán y sus consecuencias para la paz y la seguridad internacionales, 17 de diciembre de 1996.
- Resolución 51/210, Medidas para eliminar el terrorismo internacional, 17 de diciembre de 1996.
- Resolución 52/101, Asistencia a los refugiados, los repatriados y las personas desplazadas en África, 12 de diciembre de 1997.
- Resolución 52/103, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 12 de diciembre de 1997.
- Resolución 52/132, Derechos humanos y éxodos en masa, 12 de diciembre de 1997.
- Resolución 52/147, Situación de los derechos humanos en Bosnia y Herzegovina, la República de Croacia y la República Federativa de Yugoslavia, 12 de diciembre de 1997.
- Resolución 52/211, Asistencia internacional de emergencia para la paz, la normalidad y la reconstrucción del Afganistán asolado por la guerra y la situación en el Afganistán y sus consecuencias para la paz y la seguridad internacionales, 19 de diciembre de 1997.

Resolución 53/125, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 9 de diciembre de 1998.

Resolución 53/126, Asistencia a los refugiados, los repatriados y las personas desplazadas en África, 9 de diciembre de 1998.

Resolución 53/203, Asistencia internacional de emergencia para la paz, la normalidad y la reconstrucción del Afganistán asolado por la guerra y la situación en el Afganistán y sus consecuencias para la paz y la seguridad internacionales, 18 de diciembre de 1998.

Resolución 54/146, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 17 de diciembre de 1999.

Resolución 54/147, Asistencia a los refugiados, los repatriados y las personas desplazadas en África, 17 de diciembre de 1999.

Resolución 54/184, Situación de los derechos humanos en Bosnia y Herzegovina, la República de Croacia y la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro), 17 de diciembre de 1999.

Resolución 55/74, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 4 de diciembre de 2000.

Resolución 55/77, Asistencia a los refugiados, los repatriados y las personas desplazadas en África, 4 de diciembre de 2000.

Resolución 55/115, Situación de los derechos humanos en el Iraq, 4 de diciembre de 2000.

Resolución 56/135, Asistencia a los refugiados, los repatriados y las personas desplazadas en África, 19 de diciembre de 2001.

Resolución 56/174, Situación de los derechos humanos en el Iraq, 19 de diciembre de 2001.

Resolución 57/183, Asistencia a los refugiados, los repatriados y las personas desplazadas en África, 18 de diciembre de 2002.

Resolución 57/232, Situación de los derechos humanos en el Iraq, 18 de diciembre de 2002.

Resolución 59/182, La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 8 de marzo de 2005.

Resolución 60/1, Documento Final de la Cumbre Mundial 2005, 16 de septiembre de 2005.

### **3. Comisión de Derecho Internacional**

La nacionalidad, incluso la condición de apátrida, informe de Manley O. Hudson, Relator Especial, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1952, vol. II, A/CN.4/50.

Legislación nacional relativa a los motivos de pérdida de la nacionalidad, memorando preparado por Ivan S. Kernó, A/CN.4/66, 6 de abril de 1953.

Responsabilidad internacional, cuarto informe de F. V. García Amador, Relator Especial (Responsabilidad del Estado por daños causados en su territorio a la

persona o bienes extranjeros – Medidas que afectan a los derechos adquiridos), *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1959, vol. II, A/CN.4/119.

Responsabilidad internacional, quinto informe de F. V. García Amador, Relator Especial (Responsabilidad del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes extranjeros – Medidas que afectan a los derechos adquiridos (continuación) y elementos constitutivos de responsabilidad internacional), *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1960, vol. II, A/CN.4/125.

Responsabilidad internacional, sexto informe de F. V. García Amador, Relator Especial (Responsabilidad del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes extranjeros – Indemnización por los daños causados), *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1961, vol. II, A/CN.4/134 y Adición.

Informe preliminar sobre la expulsión de los extranjeros, presentado por Maurice Kamto, Relator Especial, Comisión de Derecho Internacional, 2005, A/CN.4/554.

#### **4. Comisión de Derechos Humanos**

##### **a) Resoluciones**

Resolución 1992/32, La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 28 de febrero de 1992.

Resolución 1992/63, Derechos humanos y éxodos en masa, 3 de marzo de 1992.

Resolución 1993/40, La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 10 de marzo de 1993.

Resolución 1993/70, Derechos humanos y éxodos en masa, 10 de marzo de 1993.

Resolución 1994/37, La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 4 de marzo de 1994.

Resolución 1994/66, Derechos humanos y éxodos en masa, 9 de marzo de 1994.

Resolución 1995/37, La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 3 de marzo de 1995.

Resolución 1995/88, Derechos humanos y éxodos en masa, 8 de marzo de 1995.

Resolución 1996/33, La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 19 de abril de 1996.

Resolución 1996/51, Derechos humanos y éxodos en masa, 19 de abril de 1996.

Resolución 1997/38, La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 18 de abril de 1997.

Resolución 1997/75, Derechos humanos y éxodos en masa, 18 de abril de 1997.

Resolución 1998/49, Derechos humanos y éxodos en masa, 17 de abril de 1998.

Resolución 2000/55, Derechos humanos y éxodos en masa, 25 de abril de 2000.

Resolución 2002/59, Protección de los migrantes y de sus familias, 25 de abril de 2002.

Resolución 2002/62, Derechos humanos de los migrantes, 25 de abril de 2002.

Resolución 2003/46, Derechos humanos de los migrantes, 23 de abril de 2003.

Resolución 2003/52, Derechos humanos y éxodos en masa, 24 de abril de 2003.

Resolución 2004/41, La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 19 de abril de 2004.

**b) Resoluciones de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos**

Resolución 1994/24, El derecho a la libertad de circulación, 26 de agosto de 1994.

Resolución 1995/13, El derecho a la libertad de circulación, 18 de agosto de 1995.

Resolución 1995/29, Desalojamientos forzosos, 24 de agosto de 1995.

Resolución 1995/13, El derecho a la libertad de circulación, 18 de agosto de 1995.

Resolución 1996/9, El derecho a la libertad de circulación, 23 de agosto de 1996.

Resolución 1996/27, Desalojamientos forzosos, 29 de agosto de 1996.

Resolución 1997/29, Libertad de circulación y traslado de poblaciones, 28 de agosto de 1997.

Resolución 1998/27, Traslado forzoso de poblaciones, 26 de agosto de 1998.

Resolución 2000/20, El derecho a buscar asilo y a disfrutar de él, 18 de agosto de 2000.

Resolución 2001/16, Protección internacional de los refugiados, 16 de agosto de 2001.

Resolución 2002/23, Protección internacional de los refugiados, 14 de agosto de 2002.

Resolución 2003/15, Efectos de las medidas de lucha contra el terrorismo sobre el disfrute de los derechos humanos, 13 de agosto de 2003.

**c) Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías**

Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Nota del Secretario General, El problema de la aplicabilidad de las disposiciones internacionales existentes sobre la protección de los derechos humanos de las personas que no son ciudadanas del país en que viven, Estudio de los instrumentos internacionales en el ámbito de los derechos humanos en relación con las diferencias en el disfrute de algunos derechos entre los nacionales y las personas que no son ciudadanas del Estado en que viven, E/CN.4/Sub.2/335, 16 de agosto de 1973.

**d) Informes y estudios de Relatores Especiales**

Disposiciones internacionales sobre la protección de los derechos humanos de los no ciudadanos, estudio preparado por la Baronesa Elles, Relatora Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, E/CN.4/Sub.2/392/Rev.1, 1980.

Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, informe del Relator Especial, Sr. Bacre Waly Ndiaye, presentado en cumplimiento de la resolución 1997/61 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/1998/68, 23 de diciembre de 1997.

- Documento de trabajo sobre los derechos de los no ciudadanos, presentado por el Sr. David Weissbrodt, E/CN.4/Sub.2/1999/7, 1999.
- Trabajadores migrantes: Derechos humanos de los migrantes, informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 1999/44 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2000/82, 6 de enero de 2000.
- Trabajadores migrantes, informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2000/48 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2001/83, 9 de enero de 2001.
- Trabajadores migrantes, informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2001/52 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2002/94, 15 de febrero de 2002.
- Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención, informe presentado por el Relator Especial sobre la tortura, Sr. Theo van Boven, E/CN.4/2002/137, 26 de febrero de 2002.
- Los derechos de los no ciudadanos, informe provisional del Relator Especial, Sr. David Weissbrodt, presentado en cumplimiento de las decisiones 2000/103 y 2001/108 de la Subcomisión, así como de la decisión 2002/107 de la Comisión, E/CN.4/Sub.2/2002/25, 5 de junio de 2002.
- Informe sobre los derechos humanos de los migrantes, presentado por Gabriela Rodríguez Pizarro, Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión, aprobada por el Consejo Económico y Social en su decisión 2002/266, A/57/292, 9 de agosto de 2002.
- Trabajadores migrantes, informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2003/85, 30 de diciembre de 2002.
- Prevención de la discriminación, Los derechos de los no ciudadanos, informe final del Relator Especial, Sr. David Weissbrodt, presentado en cumplimiento de la decisión 2000/103 de la Subcomisión, la resolución 2000/104 de la Comisión y la decisión 2000/283 del Consejo Económico y Social, E/CN.4/Sub.2/2003/23, 26 de mayo de 2003.
- Informe sobre los derechos humanos de los migrantes, presentado por Gabriela Rodríguez Pizarro, Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos, de conformidad con la resolución 57/218 de la Asamblea General y la resolución 2003/46 de la Comisión, A/58/275, 12 de agosto de 2003.
- Trabajadores migrantes, informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2003/46 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2004/76, 12 de enero de 2004.
- Trabajadores migrantes, informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2004/53 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2005/85, 27 de diciembre de 2004.



## 5. Secretario General

Los principales tipos y causas de discriminación, memorando presentado por el Secretario General, E/CN.4/Sub.2/40/Rev.1, 7 de junio de 1949.

Estudio sobre la expulsión de inmigrantes, Secretaría, 10 de agosto de 1955, págs. 1 a 77 (ST/SOA.22 y Corr.2 (sustituye a Corr.1)).

Derechos humanos y éxodos en masa, informe del Secretario General, E/CN.4/1994/43, 11 de enero de 1994.

Derechos humanos y éxodos en masa, informe del Secretario General, E/CN.4/1995/49, 28 de diciembre de 1994.

Aplicación del Programa de Acción para el Tercer Decenio de la Lucha contra el Racismo y la Discriminación Racial, informe del Secretario General, E/CN.4/1995/77, 20 de enero de 1995.

Derechos humanos y éxodos en masa, informe del Secretario General, E/CN.4/1996/42, 8 de febrero de 1996.

Medidas destinadas a combatir el tráfico de migrantes ilegales, informe del Secretario General, E/CN.15/1996/4, 21 de marzo de 1996.

Medidas para combatir la introducción clandestina de migrantes ilegales, informe del Secretario General, E/CN.15/1997/8, 18 de febrero de 1997.

## 6. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Derechos humanos y éxodos en masa, informe del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, E/CN.4/1997/42, 14 de enero de 1997.

Derechos humanos y éxodos en masa, informe del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, E/CN.4/1998/51, 30 de enero de 1998.

Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas, texto presentado al Consejo Económico y Social como adición al informe del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, E/2002/68/Add.1, 20 de mayo de 2002.

## 7. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados

### a) Conclusiones del Comité Ejecutivo

No. 7 (XXVIII) – 1977: Expulsión, 12 de octubre de 1977.

No. 21 (XXXII) – 1981: Conclusión general sobre la protección internacional, 21 de octubre de 1981.

No. 35 (XXXV) – 1984: Documentos de identidad para los refugiados, 18 de octubre de 1984.

No. 44 (XXXVII) – 1986: Detención de los refugiados y de las personas que buscan asilo, 13 de octubre de 1986.

No. 50 (XXXIX) – 1988: Conclusión general sobre la protección internacional, 10 de octubre de 1988.

- No. 55 (XL) – 1989: Conclusión general sobre la protección internacional, 13 de octubre de 1989.
- No. 61 (XLI) – 1990: Conclusión general sobre la protección internacional, 5 de octubre de 1990.
- No. 68 (XLIII) – 1992: Conclusión general sobre la protección internacional, 9 de octubre de 1992.
- No. 71 (XLIV) – 1993: Conclusión general sobre la protección internacional, 8 de octubre de 1993.
- No. 79 (XLVII) – 1996: Conclusión general sobre la protección internacional, 11 de octubre de 1996.
- No. 81 (XLVIII) – 1997: Conclusión general sobre la protección internacional, 17 de octubre de 1997.
- No. 82 (XLVIII) – 1997: Salvaguarda de la institución del asilo, 17 de octubre de 1997.
- No. 85 (XLIX) – 1998: Conclusión general sobre la protección internacional, 9 de octubre de 1998.
- No. 87 (L) – 1999: Conclusión general sobre la protección internacional, 8 de octubre de 1999.
- No. 96 (LIV) – 2003: Conclusión sobre el regreso de las personas que se considere que no necesitan protección internacional, 10 de octubre de 2003.

**b) Otros documentos**

- Nota sobre el *non-refoulement* (presentada por el Alto Comisionado), Subcomité Plenario sobre Protección Internacional, 23 de agosto de 1977, EC/SCP/2.
- Nota sobre la expulsión de los refugiados, Subcomité Plenario sobre Protección Internacional, 24 de agosto de 1977, EC/SCP/3.
- Nota sobre el asilo, Subcomité Plenario sobre Protección Internacional, 24 de agosto de 1977, EC/SCP/4.
- Commentary on the Refugee Convention 1951 (Articles 32 and 33)*, Atle Grahl-Madsen, 1963, publicado por la División de Protección Internacional del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 1997.
- Convention relating to the Status of Refugees, Its History, Contents and Interpretation*, comentario de Nehemiah Robinson, 1953, reimpresso por la División de Protección Internacional del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 1997.
- Factum of the Intervenor, *Suresh v. Minister of Citizenship and Immigration*, Tribunal Supremo del Canadá No. 27790, presentado el 8 de marzo de 2001.
- Dependencia de Evaluación y Análisis de Políticas del ACNUR, New Issues in Refugee Research, “Deportation and the liberal state: the forcible return of asylum seekers and unlawful migrants in Canada, Germany and the United Kingdom”, de Gibney, Matthew J. y Hansen, Randall, documento de trabajo No. 77, 2003.

*Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*, Sección de Asesoramiento Letrado y Política de Protección, Departamento de Protección Internacional, ACNUR, Ginebra, 4 de septiembre de 2003 (incluido el Anexo A).

*Note on the Cancellation of Refugee Status*, Sección de Asesoramiento Letrado y Política de Protección, Departamento de Protección Internacional, ACNUR, 22 de noviembre de 2004.

### **C. Organización Internacional del Trabajo**

Recomendación sobre los trabajadores migrantes (revisado), R86, adoptada por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 1º de julio de 1949.

Recomendación sobre los trabajadores migrantes, R151, adoptada por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 24 de junio de 1975.

Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Mauritania de los Convenios Nos. 95, 102, 111, 118 y 122 de la Organización Internacional del Trabajo, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución por la Confederación Nacional de Trabajadores del Senegal, noviembre de 1990.

Comité de Libertad Sindical, *Recopilación de Decisiones 1996*, párr. 127.

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), 1958 (No. 111) y del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (No. 158), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Nacional de Trabajadores de Eritrea (NCEW), 1998.

Estudio general sobre los trabajadores migrantes, 1999.

### **D. Organización Internacional para las Migraciones**

*Glossary on Migration*, Ginebra, Organización Internacional para las Migraciones, 2004.

### **E. Consejo de Europa**

Dirección General de Derechos Humanos del Consejo de Europa (ed.), *Human Rights of Aliens in Europe*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1985.

#### **1. Asamblea Parlamentaria**

Recommendation 293 (1961) on the right of asylum, 26 de septiembre de 1961.

Recommendation 768 (1975) on torture in the world, 3 de octubre de 1975.

Recommendation 769 (1975) on the legal status of aliens, 3 de octubre de 1975.

Recommendation 773 (1976) on the situation of de facto refugees, 26 de enero de 1976.

Recommendation 950 (1982) on extradition of criminals, 1º de octubre de 1982.

Recommendation 1236 (1994) on the right of asylum, 12 de abril de 1994.

Recommendation 1327 (1997) on the protection and reinforcement of the human rights of refugees and asylum-seekers in Europe, 27 de abril de 1997.

Order No. 570: Non-expulsion of long-term immigrants, 14 de marzo de 2001.

Recommendation 1504 (2001): Non-expulsion of long-term immigrants, 14 de marzo de 2001.

Order No. 579 (2002): Expulsion procedures in conformity with human rights and enforced with respect for safety and dignity, 22 de enero de 2002.

Recommendation 1547 (2002): Expulsion procedures in conformity with human rights and enforced with respect for safety and dignity, 22 de enero de 2002.

Recommendation 1624 (2003): Common policy on migration and asylum, 30 de septiembre de 2003.

## **2. Comité de Ministros**

Recommendation No. R (97) 22 of the Committee of Ministers to Member States containing guidelines on the application of the safe third country concept, 25 de noviembre de 1997.

Recommendation No. R (98) 13 of the Committee of Ministers to Member States on the right of rejected asylum seekers to an effective remedy against decisions on expulsion in the context of article 3 of the European Convention on Human Rights, 18 de septiembre de 1998.

Recommendation No. R (99) 23 of the Committee of Ministers to Member States on family reunion for refugees and other persons in need of international protection, 15 de diciembre de 1999.

Recommendation No. R (2001) 18 of the Committee of Ministers to Member States on subsidiary protection, 27 de noviembre de 2001.

Recommendation No. (2002) 4 of the Committee of Ministers to Member States on the legal status of persons admitted for family reunification, 26 de marzo de 2002.

Comments on the Twenty guidelines on forced return, Ad hoc Committee of Experts on the Legal Aspects of Territorial Asylum, Refugees and Stateless Persons (CAHAR), 20 de mayo de 2005.

## **3. Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes**

Seventh General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 1996, CPT/Inf (97) 10, 22 de agosto de 1997, "Foreign nationals detained under aliens legislation", párrs. 24 a 36.

Thirteenth General Report on the CPT's activities covering the period 1 January 2002 to 31 July 2003, CPT/Inf (2003) 35, 10 de septiembre de 2003, "Deportation of foreign nationals by air", párrs. 27 a 45.

## F. Unión Europea

Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública, *Diario Oficial* 56, 4 de abril de 1964, págs. 850 a 857 (*derogada*).

Recomendación del Consejo de 22 de diciembre de 1995 relativa a la concentración y cooperación en la ejecución de las medidas de expulsión, *Diario Oficial* C 5, 10 de enero de 1996, págs. 3 a 7.

Resolución del Consejo de 4 de marzo de 1996 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países que son residentes de larga duración en el territorio de los Estados miembros, *Diario Oficial* C 80, 18 de marzo de 1996, págs. 2 a 4.

Decisión 96/749/JAI del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, relativa al seguimiento de los actos ya adoptados por el Consejo en materia de inmigración ilegal, de readmisión, de empleo ilícito de nacionales de terceros países y de cooperación en la ejecución de órdenes de expulsión, *Diario Oficial* L 342, 31 de diciembre de 1996, pág. 5.

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.

Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, *Diario Oficial* L 16, 23 de enero de 2004, págs. 44 a 53.

Decisión 2004/191/CE del Consejo, de 23 de febrero de 2004, por la que se establecen los criterios y modalidades prácticas para la compensación de los desequilibrios financieros resultantes de la aplicación de la Directiva 2001/40/CE relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de los nacionales de terceros países, *Diario Oficial* L 60, 27 de febrero de 2004, págs. 55 a 57.

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) No. 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (DO L 158 de 30.4.2004), *Diario Oficial* L 229, 29 de junio de 2004, págs. 35 a 48.

Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, *Diario Oficial* L 304, 30 de septiembre de 2004, págs. 12 a 23.

## **G. Organización de los Estados Americanos**

### **1. Declaraciones**

Declaración de San José sobre Derechos Humanos, firmada en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969.

Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, 22 de noviembre de 1984, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Doc. OEA, OEA/Ser.L/V/II.66/doc.10, rev. 1, 1984-85, págs. 190 a 193.

### **2. Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

#### **a) Comunicaciones individuales**

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, doc. 9 rev. 1, 16 de octubre de 1981.

#### **b) Situación de los trabajadores migrantes y sus familias en el hemisferio**

Informe de progreso sobre la situación de los trabajadores migrantes y sus familias en el hemisferio, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1996*, OEA/Ser.L/V/II.95 doc. 7 rev., 14 de marzo de 1997, capítulo VI.

Informe de progreso sobre la situación de los trabajadores migrantes y sus familias en el hemisferio, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1997*, OEA/Ser.L/V/II.98 doc. 6 rev., 13 de abril de 1998.

Informe de progreso sobre la situación de los trabajadores migrantes y sus familias en el hemisferio, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1998*, OEA/Ser.L/V/II.102 doc. 6 rev., 16 de abril de 1999, capítulo VI.

Informe de progreso de la Relatoría Especial de Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999*, OEA/Ser.L/V/II.106 doc. 6 rev., 13 de abril de 2000, capítulo VI.

Segundo informe de progreso de la Relatoría Especial de Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2001*, OEA/Ser.L/V/II.111 doc. 20 rev., 16 de abril de 2001, capítulo VI.

Tercer informe de progreso de la Relatoría Especial de Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2001*, OEA/Ser.L/V/II.114 doc. 5 rev., 16 de abril de 2002, capítulo VI.

Cuarto informe de progreso de la Relatoría Especial de Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2002*, OEA/Ser.L/V/II.117 doc. 1 rev. 1, 7 de marzo de 2003, capítulo VI.

Quinto informe de progreso de la Relatoría Especial de Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2003*, OEA/Ser.L/V/II.118 doc. 5 rev. 2, 29 de diciembre de 2003, capítulo V.

Sexto informe de progreso de la Relatoría Especial de Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2004*, OEA/Ser.L/V/II.122 doc. 5 rev. 1, 23 de febrero de 2005, capítulo VI.

## **H. Unión Africana**

### **1. Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos**

#### **a) Resoluciones**

Resolution on Guidelines and Measures for the Prohibition and Prevention of Torture, Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Africa, 32nd ordinary session, Banjul (Gambia), 17 a 23 de octubre de 2002.

#### **b) Comunicaciones**

Communication No. 159/96, Union Interafricaine des Droits de l'Homme, Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme, Rencontre Africaine des Droits de l'Homme, Organisation Nationale des Droits de l'Homme au Sénégal et Association Malienne des Droits de l'homme v. Angola, *Eleventh Annual Activity Report*, 1997-1998.

Communication No. 212/98, Amnesty International v. Zambia, *Twelfth Annual Activity Report*, 1998-1999.

Communication No. 97/93, John K. Modise v. Botswana, *Fourteenth Annual Activity Report*, 2000-2001.

## **I. Organización Consultiva Jurídica Asiático-Africana (antiguo Comité Consultivo Jurídico Asiático-Africano)**

Principles concerning admission and treatment of aliens (aprobado por el Comité Consultivo Jurídico Asiático-Africano en su cuarto período de sesiones), reproducido en *Yearbook of the International Law Commission*, 1961, vol. II, A/CN.4/139.

## **IV. Órganos creados en virtud de tratados**

### **A. Comité de Derechos Humanos**

#### **1. Observaciones generales**

Observación general No. 15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 11 de abril de 1986.

Observación general No. 20: Prohibición de las torturas y de las penas o tratos crueles inhumanos o degradantes, 10 de marzo de 1992.

Observación general No. 27: Libertad de circulación (artículo 12), 2 de noviembre de 1999.

Observación general No. 28: Relativa al artículo 3, Igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 29 de marzo de 2000.

Observación general No. 29: Suspensión de disposiciones del Pacto durante un estado de excepción, 24 de julio de 2001.

Observación general No. 31: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, 29 de marzo de 2004.

## **2. Observaciones finales**

Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: República Dominicana, 25 y 26 de marzo de 1993, A/48/40 (vol. 1), párrs. 428 a 466.

Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Suecia, 1º de noviembre de 1995, A/51/40 (vol. 1), párrs. 73 a 98.

Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Lituania, 6 de noviembre de 1997, A/53/40 (vol. 1), párrs. 158 a 179.

Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Bélgica, 2 de noviembre de 1998, A/54/40 (vol. 1), párrs. 68 a 96.

Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Canadá, 6 de abril de 1999, A/54/40 (vol. 1), párrs. 223 a 243.

Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Región Administrativa Especial de Hong Kong, 4 de noviembre de 1999, A/55/40 (vol. 1), párrs. 229 a 259.

Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Uzbekistán, 4 de abril de 2001, A/56/40 (vol. 1), párr. 79.

Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: República Árabe Siria, 5 de abril de 2001, A/56/40 (vol. 1), párr. 81.

Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: República Popular Democrática de Corea, 26 de julio de 2001, A/56/40 (vol. 1), párr. 86.

Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Suecia, 1º de abril de 2002, A/57/40 (vol. 1), párr. 79.

Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Nueva Zelanda, 17 de julio de 2002, A/57/40 (vol. 1), párr. 81.

Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Yemen, 24 de julio de 2002, A/57/40 (vol. 1), párr. 83.

Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Lituania, 1º de abril de 2004, A/59/40 (vol. 1), párr. 71.

## **3. Comunicaciones individuales**

*Maroufidou c. Suecia*, Comunicación No. 58/1979, 8 de abril de 1981.

*Hammel c. Madagascar*, Comunicación No. 155/1983, 3 de abril de 1987.



*V.M.R.B. c. el Canadá*, Comunicación No. 236/1987, 26 de julio de 1988.  
*García c. el Ecuador*, Comunicación No. 319/1988, 5 de noviembre de 1991.  
*Ng c. el Canadá*, Comunicación No. 469/1991, 7 de enero de 1994.  
*Celepli c. Suecia*, Comunicación No. 456/1991, 2 de agosto de 1994.  
*Stewart c. el Canadá*, Comunicación No. 538/1993, 16 de diciembre de 1996.  
*Canepa c. el Canadá*, Comunicación No. 558/1993, 20 de junio de 1997.  
*A.R.J. c. Australia*, Comunicación No. 692/1996, 11 de agosto de 1997.  
*Sra. G.T. c. Australia*, Comunicación No. 706/1996, 4 de diciembre de 1997.  
*Karker c. Francia*, Comunicación No. 833/1998, 30 de octubre de 2000.  
*Winata c. Australia*, Comunicación No. 930/2000, 16 de agosto de 2001.  
*Sr. C. c. Australia*, Comunicación No. 900/1999, 13 de noviembre de 2002.  
*Sahid c. Nueva Zelandia*, Comunicación No. 893/1999, 11 de abril de 2003.  
*Judge c. el Canadá*, Comunicación No. 829/1998, 13 de agosto de 2003.  
*Baban c. Australia*, Comunicación No. 101/2001, 18 de septiembre de 2003.  
*Bakhtiyari c. Australia*, Comunicación No. 1069/2002, 6 de noviembre de 2003.  
*Ahani c. el Canadá*, Comunicación No. 1051/2002, 15 de junio de 2004.  
*Madafferi c. Australia*, Comunicación No. 1011/2001, 26 de agosto de 2004.

## **B. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial**

### **1. Recomendaciones generales**

Recomendación general No. 11: Los no ciudadanos (art. 1), 19 de marzo de 1993, A/46/18 (*reemplazada por la Recomendación general No. 30*).

Recomendación general No. 22: Los refugiados y las personas desplazadas (art. 5), 24 de agosto de 1996, A/51/18.

Recomendación general No. 30: La discriminación contra los no ciudadanos, 64º período de sesiones, 23 de febrero a 12 de marzo de 2004, CERD/C/64/Misc.11/rev.3.

### **2. Observaciones finales**

Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Kuwait, 9 de agosto de 1993, A/48/18.

Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Francia, 1º de marzo de 1994, A/49/18.

Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Francia, 23 de marzo de 2000, CERD/C/304/Add.91 (19 de abril de 2000).

Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Suiza, 21 de marzo de 2002, CERD/C/60/CO/14 (21 de mayo de 2002).

Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Canadá, 21 de agosto de 2002, A/57/18.

Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Finlandia, 22 de agosto de 2003, CERD/C/63/CO/5 (10 de diciembre de 2003).

Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Jamahiriya Árabe Libia, 11 de marzo de 2004, CERD/C/64/CO/4 (12 de marzo de 2004).

Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Países Bajos, 12 de marzo de 2004, CERD/C/64/CO/7 (10 de mayo de 2004).

Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Argentina, 18 de agosto de 2004, CERD/C/65/CO/1 (10 de diciembre de 2004).

Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Kazajstán, 19 de agosto de 2004, CERD/C/65/CO/3 (10 de diciembre de 2004).

Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Tayikistán, 19 de agosto de 2004, CERD/C/65/CO/8 (10 de diciembre de 2004).

## **C. Comité de los Derechos del Niño**

### **1. Observaciones generales**

Observación general No. 6 (2005): Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, 3 de junio de 2005.

### **2. Observaciones finales**

Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Canadá, 9 de junio de 1995, CRC/C/15/Add.37 (20 de junio de 1995).

Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Noruega, 2 de junio de 2000, CRC/C/15/Add.126 (28 de junio de 2000).

Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Grecia, 1º de febrero de 2002, CRC/C/15/Add.170 (2 de abril de 2002).

Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: España, 7 de junio de 2002, CRC/C/15/Add.185 (13 de junio de 2002).

## **D. Comité contra la Tortura**

*Mutombo c. Suiza*, Comunicación No. 13/1993, 27 de abril de 1994.

*Khan c. el Canadá*, Comunicación No. 15/1994, 15 de noviembre de 1994.

*Alan c. Suiza*, Comunicación No. 21/1995, 8 de mayo de 1996.

*Kisoki c. Suecia*, Comunicación No. 41/1996, 8 de mayo de 1996.

*X. c. los Países Bajos*, Comunicación No. 36/1995, 8 de mayo de 1996.

*Tala c. Suecia*, Comunicación No. 43/1996, 15 de noviembre de 1996.

*X. c. Suiza*, Comunicación No. 27/1995, 28 de abril de 1997.

*Paez c. Suecia*, Comunicación No. 39/1996, 28 de abril de 1997.  
*Amei c. Suiza*, Comunicación No. 34/1995, 9 de mayo de 1997.  
*X. c. Suiza*, Comunicación No. 38/1995, 9 de mayo de 1997.  
*A.F. c. Suecia*, Comunicación No. 89/1997, 3 de septiembre de 1997.  
*E.A. c. Suiza*, Comunicación No. 28/1995, 10 de noviembre de 1997.  
*X., Y. y Z. c. Suecia*, Comunicación No. 61/1996, 6 de mayo de 1998.  
*I.A.O. c. Suecia*, Comunicación No. 65/1997, 6 de mayo de 1998.  
*Falakaflaki c. Suecia*, Comunicación No. 89/1997, 8 de mayo de 1998.  
*G.R.B. c. Suecia*, Comunicación No. 83/1997, 15 de mayo de 1998.  
*A.L.N. c. Suiza*, Comunicación No. 90/1997, 19 de mayo de 1998.  
*K.M. c. Suiza*, Comunicación No. 94/1997, 19 de mayo de 1998.  
*Chipana c. Venezuela*, Comunicación No. 110/1998, 10 de noviembre de 1998.  
*J.U.A. c. Suiza*, Comunicación No. 100/1997, 10 de noviembre de 1998.  
*Ayas c. Suecia*, Comunicación No. 97/1997, 12 de noviembre de 1998.  
*A. c. los Países Bajos*, Comunicación No. 91/1997, 13 de noviembre de 1998.  
*Korban c. Suecia*, Comunicación No. 88/1997, 16 de noviembre de 1998.  
*Haydin c. Suecia*, Comunicación No. 101/1997, 20 de noviembre de 1998.  
*H.D. c. Suiza*, Comunicación No. 112/1998, 30 de abril de 1999.  
*M.B.B. c. Suecia*, Comunicación No. 104/1998, 5 de mayo de 1999.  
*S.M.R. y M.M.R. c. Suecia*, Comunicación No. 103/1998, 5 de mayo de 1999.  
*N.P. c. Australia*, Comunicación No. 106/1998, 6 de mayo de 1999.  
*Elmi c. Australia*, Comunicación No. 120/1998, 14 de mayo de 1999.  
*A.S. c. Suecia*, Comunicación No. 149/1999, 6 de noviembre de 1999.  
*Arana c. Francia*, Comunicación No. 63/1997, 9 de noviembre de 1999.  
*A.D. c. los Países Bajos*, Comunicación No. 96/1997, 12 de noviembre de 1999.  
*G.T. c. Suiza*, Comunicación No. 137/1999, 16 de noviembre de 1999.  
*K.M. c. Suiza*, Comunicación No. 107/1998, 16 de noviembre de 1999.  
*K.T. c. Suiza*, Comunicación No. 118/1998, 19 de noviembre de 1999.  
*N.M. c. Suiza*, Comunicación No. 116/1998, 9 de mayo de 2000.  
*H.A.D. c. Suiza*, Comunicación No. 126/1999, 10 de mayo de 2000.  
*S.C. c. Dinamarca*, Comunicación No. 143/1999, 10 de mayo de 2000.  
*V.X.N. y H.N. c. Suecia*, Comunicaciones No. 130/1999 y 131/1999, 15 de mayo de 2000.  
*T.P.S. c. el Canadá*, Comunicación No. 99/1997, 16 de mayo de 2000.  
*A.M. c. Suiza*, Comunicación No. 144/1999, 14 de noviembre de 2000.

*Y.S. c. Suiza*, Comunicación No. 147/1999, 14 de noviembre de 2000.  
*A.S. c. Suecia*, Comunicación No. 149/1999, 24 de noviembre de 2000.  
*M.R.P. c. Suiza*, Comunicación No. 122/1998, 24 de noviembre de 2000.  
*M.K.O. c. los Países Bajos*, Comunicación No. 134/1999, 9 de mayo de 2001.  
*S.L. c. Suecia*, Comunicación No. 150/1999, 11 de mayo de 2001.  
*S.S. y S.A. c. los Países Bajos*, Comunicación No. 142/1999, 11 de mayo de 2001.  
*S.V. y otros c. el Canadá*, Comunicación No. 49/1996, 15 de mayo de 2001.  
*X.Y. c. Suiza*, Comunicación No. 128/1999, 15 de mayo de 2001.  
*Z.Z. c. el Canadá*, Comunicación No. 123/1998, 15 de mayo de 2001.  
*H.O. c. Suecia*, Comunicación No. 178/2001, 13 de noviembre de 2001.  
*M.S. c. Suiza*, Comunicación No. 156/2000, 13 de noviembre de 2001.  
*B.S. c. el Canadá*, Comunicación No. 166/2000, 14 de noviembre de 2001.  
*M.S. c. Australia*, Comunicación No. 154/2000, 23 de noviembre de 2001.  
*S.T. c. los Países Bajos*, Comunicación No. 175/2000, 23 de noviembre de 2001.  
*Y.H.A. c. Australia*, Comunicación No. 162/2000, 23 de noviembre de 2001.  
*B.M. c. Suecia*, Comunicación No. 179/2001, 30 de abril de 2002.  
*F.F.Z. c. Dinamarca*, Comunicación No. 180/2001, 30 de abril de 2002.  
*E.T.B. c. Dinamarca*, Comunicación No. 146/1999, 30 de abril de 2002.  
*H.M.H.I. c. Australia*, Comunicación No. 177/2001, 1º de mayo de 2002.  
*Karoui c. Suecia*, Comunicación No. 185/2001, 8 de mayo de 2002.  
*L.M.T.D. c. Suecia*, Comunicación No. 164/2000, 15 de mayo de 2002.  
*KICK c. Suecia*, Comunicación No. 204/2002, 19 de noviembre de 2002.  
*H.B.H., T.N.T., H.J.H., H.O.H., H.R.H. y H.G.H. c. Suiza*, Comunicación No. 192/2001, 29 de abril de 2003.  
*A.A. c. los Países Bajos*, Comunicación No. 198/2002, 30 de abril de 2003.  
*M.V. c. los Países Bajos*, Comunicación No. 201/2002, 2 de mayo de 2003.  
*S.S. c. los Países Bajos*, Comunicación No. 191/2001, 5 de mayo de 2003.  
*K.S.Y. c. los Países Bajos*, Comunicación No. 190/2001, 15 de mayo de 2003.  
*J.A.G.V. c. Suecia*, Comunicación No. 215/2002, 11 de noviembre de 2003.  
*K.K. c. Suiza*, Comunicación No. 186/2001, 11 de noviembre de 2003.  
*Z.T. c. Australia*, Comunicación No. 153/2000, 11 de noviembre de 2003.  
*M.O. c. Dinamarca*, Comunicación No. 209/2002, 12 de noviembre de 2003.  
*A.R. c. los Países Bajos*, Comunicación No. 203/2002, 14 de noviembre de 2003.  
*Attia c. Suecia*, Comunicación No. 199/2002, 17 de noviembre de 2003.

*V.R. c. Dinamarca*, Comunicación No. 210/2002, 17 de noviembre de 2003.  
*T.M. c. Suecia*, Comunicación No. 228/2003, 18 de noviembre de 2003.  
*A.K. c. Australia*, Comunicación No. 148/1999, 5 de mayo de 2004.  
*B.S.S. c. el Canadá*, Comunicación No. 183/2001, 12 de mayo de 2004.  
*A.I. c. Suiza*, Comunicación No. 182/2001, 12 de mayo de 2004.  
*M.A.K. c. Alemania*, Comunicación No. 214/2002, 12 de mayo de 2004.  
*S.G. c. los Países Bajos*, Comunicación No. 135/1999, 12 de mayo de 2004.  
*M.A.M. c. Suecia*, Comunicación No. 196/2002, 14 de mayo de 2004.  
*Ríos c. el Canadá*, Comunicación No. 133/1999, 17 de diciembre de 2004.  
*Agiza c. Suecia*, Comunicación No. 233/2003, 24 de mayo de 2005.  
*Brada c. Francia*, Comunicación No. 195/2002, 24 de mayo de 2005.  
*T.A. c. Suecia*, Comunicación No. 226/2003, 27 de mayo de 2005.  
*Dadar c. el Canadá*, Comunicación No. 258/2004, 5 de diciembre de 2005.  
*M.C.M.V.F. c. Suecia*, Comunicación No. 237/2003, 12 de diciembre de 2005.

## **V. Otros órganos**

### **A. Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales**

*Las migraciones en un mundo interdependiente: nuevas orientaciones para actuar*, informe de la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, octubre de 2005.

## **VI. Legislación y jurisprudencia nacionales**

### **A. Legislación nacional y materiales conexos<sup>a</sup>**

#### **Argentina**

Ley 25.871 (“Migraciones”), publicada en el Boletín Oficial del 21 de enero de 2004, número: 30322, página: 2 (sancionada: 17 de diciembre de 2003, promulgada de hecho: 20 de enero de 2004).

#### **Australia**

Migration Act 1958, Act. No. 62 of 1958, as amended through Act. No. 144 of 2005. [Ley de migración de 1958, Ley No. 62 de 1958, enmendada en virtud de la Ley No. 144 de 2005].

<sup>a</sup> En el anexo II figuran las abreviaturas de las leyes nacionales de los Estados utilizadas en todo el estudio.

### **Austria**

Asylgesetz 2005, und Fremdenpolizeigesetz 2005, im Fremdenrechtspaket 2005, BGBl. I, Nr. 100 (16 de agosto de 2005).

[Ley federal sobre la concesión de asilo (Ley de asilo de 2005), y Ley federal sobre la vigilancia de extranjeros, la expedición de documentos para extranjeros y la concesión del derecho de entrada (Ley de extranjería de 2005), 100 Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich, Part I, No. 100 (16 de agosto de 2005)].

### **Belarús**

Reglamento sobre el procedimiento de deportación de los ciudadanos extranjeros y las personas sin ciudadanía en la República de Belarús, Decisión No. 1653 del Consejo de Ministros (25 de octubre de 1999).

Ley de inmigración, No. 224-Z (29 de diciembre de 1998).

Reglas para el tránsito de los ciudadanos extranjeros y las personas sin ciudadanía por el territorio de la República de Belarús, Decisión No. 62 del Consejo de Ministros (25 de enero de 1996).

Ley sobre la situación jurídica de los ciudadanos extranjeros y las personas sin ciudadanía en la República de Belarús, No. 2339-XII (3 de junio de 1993) (con todas las enmiendas y modificaciones posteriores hasta el No. 178-Z de 4 de enero de 2003).

### **Bosnia y Herzegovina**

Ley sobre la circulación y estancia de extranjeros y el asilo, BiH PA número 79/03 (aprobada el 18 de julio de 2003), publicada en el Boletín Oficial de Bosnia y Herzegovina, número 29 (6 de octubre de 2003).

### **Brasil**

Decreto No. 86.715 de 10 de Dezembro de 1981.  
[Decreto No. 86.715 de 10 de diciembre de 1981].

Lei No. 6.815, de Agosto de 1980.  
[Ley No. 6.815 de agosto de 1980].

### **Bulgaria**

Ley sobre los extranjeros en la República de Bulgaria, promulgada en SG. 153/23 diciembre de 1998, enmendada en SG. 70/6 agosto de 1999, enmendada en SG. 42/27 abril de 2001, enmendada en SG. 112/29 diciembre de 2001, enmendada en SG. 45/30 abril de 2002, enmendada en SG. 54/31 mayo de 2002, enmendada en SG. 37/22 abril de 2003, enmendada en SG. 103/25 noviembre de 2003, enmendada en SG. 37/4 mayo de 2004, enmendada en SG. 70/10 agosto de 2004, y enmendada en SG. 11/1 febrero de 2005.

### **Camerún**

Décret No. 2000/286 du 12 octobre 2000 précisant les conditions d'entrée, de séjour et de sortie des étrangers au Cameroun, CMR-2000-R-58277.

[Decreto No. 2000/286 por el que se regulan las condiciones de entrada, estancia y salida de los extranjeros en el Camerún (12 de octubre de 2000), CMR-2000-R-58277, Cameroon Tribune, 16 de octubre de 2000, págs. 12 y 13].

## Canadá

Act respecting immigration to Canada and the granting of refugee protection to persons who are displaced, persecuted or in danger (Statutes of Canada 2001, Chapter 27, 1 November 2001, First Session, Thirty-seventh Parliament, 49-50 Elizabeth II, 2001); Loi concernant l'immigration au Canada et l'asile conféré aux personnes déplacées, persécutées ou en danger, Lois du Canada (2001), chapitre 27 (1 novembre 2001, Première session, trente-septième législature, 49-50 Elizabeth II, 2001).

[Ley sobre la inmigración en el Canadá y la concesión de asilo a las personas desplazadas, perseguidas o en peligro (Legislación del Canadá 2001, capítulo 27, 1º de noviembre de 2001, primera sesión, 37ª legislatura, 49-50 Elizabeth II, 2001)].

## Chile

Decreto Ley por el que se establecen normas sobre extranjeros en Chile ("Extranjería") (14 de julio de 1975), DL 1094, publicado el 19 de julio del 1975, aprobado el 16 de febrero de 1976 (Diario Oficial núm. 29.352), última modificación de 31 de mayo 2005 para la ley número 19806, Diario Oficial núm. 37.271 (31 de mayo de 2002).

## China (República Popular)

Constitución de la República Popular China (1982).

Ley de la República Popular China sobre las sanciones de la administración de seguridad pública (aprobada en la 17ª sesión del 10º Congreso Popular Nacional el 28 de agosto de 2005, promulgada en virtud de la Orden No. 38 del Presidente de la República Popular China el 28 de agosto de 2005, con entrada en vigor el 1º de marzo de 2006).

Medidas administrativas para el examen y la concesión de la residencia permanente en China a los extranjeros (aprobadas por el Consejo de Estado el 13 de diciembre de 2003).

Ley de seguridad del Estado de la República Popular China (aprobada en la 30ª sesión del Séptimo Congreso Popular Nacional el 22 de febrero de 1993).

Ley de la República Popular China para el control de la entrada y salida de extranjeros (aprobada en la 13ª reunión del Comité Permanente del Sexto Congreso Popular Nacional el 22 de noviembre de 1985, promulgada en virtud de la Orden No. 31 del Presidente de la República Popular China el 22 de noviembre de 1985, con entrada en vigor el 1º de febrero de 1986).

Ley Penal de la República Popular China (enmendada) (1978) (aprobada en la segunda sesión del Quinto Congreso Popular Nacional el 1º de julio de 1979, enmendada en la quinta sesión del Octavo Congreso Popular Nacional el 14 de marzo de 1997, promulgada en virtud de la Orden No. 83 del Presidente de la República Popular China el 14 de marzo de 1997, con entrada en vigor el 1º de octubre de 1997. Las enmiendas a algunas de las disposiciones que se citan en el presente documento figuran en la Enmienda a la Ley Penal de la República Popular China promulgada en virtud de la Orden No. 27 del Presidente de la República Popular China el 25 de diciembre de 1999, la Enmienda (II) a la Ley Penal de la

República Popular China promulgada en virtud de la Orden No. 56 del Presidente de la República Popular China el 31 de agosto de 2001, la Enmienda (III) a la Ley Penal de la República Popular China promulgada en virtud de la Orden No. 64 del Presidente de la República Popular China el 29 de diciembre de 2001, la Enmienda (IV) a la Ley Penal de la República Popular China promulgada en virtud de la Orden No. 83 del Presidente de la República Popular China el 28 de diciembre de 2002, y la Enmienda (V) a la Ley Penal de la República Popular China promulgada el 28 de febrero de 2005).

Reglas detalladas para la aplicación de la Ley de la República Popular China para el control de la entrada y salida de extranjeros (aprobadas por el Consejo de Estado el 3 de diciembre de 1986 y promulgadas por el Ministerio de Seguridad Pública y el Ministerio de Relaciones Exteriores el 27 de diciembre de 1986. Revisadas y aprobadas por el Consejo de Estado el 13 de julio de 1994 y promulgadas por el Ministerio de Seguridad Pública y el Ministerio de Relaciones Exteriores el 15 de julio de 1994).

Disposiciones de procedimiento para la tramitación de asuntos administrativos por los órganos encargados de la seguridad pública (promulgadas el 26 de agosto de 2003 en la Orden No. 68 por el Ministerio de Seguridad Pública, con entrada en vigor el 1º de enero de 2004, número de clasificación 210100200305).

Disposiciones de procedimiento para la tramitación de causas penales por los órganos encargados de la seguridad pública (en su versión enmendada) (Orden No. 35 del Ministerio de Seguridad Pública, aprobadas en su versión enmendada en la reunión ministerial del Ministerio de Seguridad Pública el 20 de abril de 1998, promulgadas el 14 de mayo de 1998, con entrada en vigor el 14 de mayo de 1998, número de clasificación 210202199801).

Disposiciones sobre el procedimiento de ejecución de la salida forzosa de extranjeros (formuladas conjuntamente por el Tribunal Popular Supremo, la Procuraduría Popular Suprema, el Ministerio de Seguridad Pública, el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Finanzas; promulgadas el 31 de julio de 1992, con entrada en vigor el 31 de julio de 1992, número de clasificación 113116199202).

Circular de la Oficina General, Ministerio de Justicia, sobre la publicación de las actas del curso práctico sobre el trato de delincuentes extranjeros (publicada el 29 de octubre de 2002, con entrada en vigor el 29 de octubre de 2002, número de clasificación 214004200203, documento No. SBT[2002]89).

Nota del Ministerio de Seguridad Pública sobre la utilización de documentos de identidad extranjeros, formularios de solicitud y sellos de visados (publicada el 19 de febrero de 1987 por el Ministerio de Seguridad Pública, con entrada en vigor el 19 de febrero de 1987, número de clasificación 210303198703, documento No. GF(87)10).

Reglamento sobre el control administrativo de los estudiantes extranjeros.

## **Colombia**

Decreto 2268 de 22 de diciembre de 1995 sobre expedición de visas, incluidas visas diplomáticas, Diario Oficial (26 de diciembre de 1995).



**Croacia**

Ley de extranjería, No. 01-081-03-2443/2 (promulgada el 3 de julio de 2003, con entrada en vigor el 1º de enero de 2004).

**República Checa**

ZÁKON ze dne 30. listopadu 1999 o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých zákonů, Sbírka zákonů č. 326/1999, Strana 7406, Částka 106, ZÁKON č. 140/2001 Sb. ze dne 3. dubna 2001, kterým se mění zákon č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých zákonů.

[Ley No. 326 de 30 de noviembre de 1999 sobre la residencia de extranjeros en el territorio de la República Checa y enmienda de algunas leyes (en su versión enmendada), Diario Oficial (Sbírka Zákonu) 326/1999, Strana 7406, Částka 106].

**Dinamarca**

Bekendtgørelse af udlændingeloven, LBK nr 685 af 24/07/2003, Ministeriet for Flygtninge, Indvandrere og Integration, j.nr. 2003/4001-25.

[Ley de consolidación No. 685, de 24 de julio de 2003, del Ministerio de Asuntos de Refugiados, Inmigración e Integración (“Ley de consolidación de extranjería”), Ministeriet for Flygtninge, Indvandrere og Integration, j.nr. 2003/4001-25].

**Ecuador**

Ley por la que se expide la Codificación de la Ley de Extranjería (19 de octubre de 2004), Codificación 2004-023, Oficio No. 1379-CLC-CN-04, RO. No. 454 (4 de noviembre de 2004).

**Finlandia**

Ulkomaalaislaki 30.4.2004/301.

[Ley de extranjería (301/2004, con enmiendas hasta 653/2004 inclusive, por la que se deroga la Ley de extranjería aprobada el 22 de febrero de 1991 (378/1991) en su versión enmendada) (entrada en vigor el 1º de mayo de 2004)].

**Francia**

Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

[Código sobre la entrada y estancia de extranjeros y el derecho de asilo].

**Alemania**

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Datum: 23. Mai 1949, Fundstelle: BGBl 1949, 1 Textnachweis Geltung ab: 14.12.1976, Maßgaben aufgrund des EinigVtr vgl. GG Anhang EV (Stand: Zuletzt geändert durch Art. 1 G c. 26. 7.2002 I 2863).

[Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, 23 de mayo de 1949 (Boletín Oficial Federal, página 1) (BGBl III 100-1), cuya enmienda más reciente data del 26 de julio de 2002 (BGBl I, página 2863)].

Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (30. Juli 2004), BGBl I 2004, 1950, Textnachweis ab 1.1.2005 (Zuletzt geändert durch Art. 23 G c. 21. 6.2005 I 1818).

[Ley de residencia (30 de junio de 2004), Boletín Oficial Federal volumen 2004, parte I, No. 41 (5 de agosto de 2004) (modificada por la Ley de enmienda de la Ley de residencia y otras leyes de 14 de marzo de 2005, Boletín Oficial Federal I, pág. 721)].

### **Grecia**

Ley sobre la entrada y estancia de extranjeros en el territorio de Grecia, la adquisición de la ciudadanía griega mediante naturalización y otras disposiciones, Ley 2910/2001, Boletín Oficial 91, A' (26 de abril de 2001, con entrada en vigor el 2 de junio de 2001) (enmendada por las Leyes 3013/2002 (Boletín Oficial 102, A'), 3074/2002 (Boletín Oficial 296, A'), 3103/2003 (Boletín Oficial 23, A') y 3146/2003 (Boletín Oficial 125/A')).

### **Guatemala**

Reglamento de la Ley de Migración (20 de julio de 1999), Diario de Centro América, Número 7, páginas 3 a 15 (29 de julio de 1999).

Decreto Ley No. 22-86 (Ley de Migración y Extranjería) (10 de enero de 1986), Diario de Centro América, Vol. 227, Número 92 (Leyes emitidas durante el año 1986) (Publicación el 13 de enero de 1986).

### **Honduras**

Ley de Migración y Extranjería, 208-2003 (12 de diciembre de 2003), Gaceta Oficial núm. 30.331 (3 de marzo de 2004).

### **Hungría**

Ley XXXIX de 2001 sobre la entrada y estancia de extranjeros (29 de mayo de 2001).

### **Irán (República Islámica del)**

Reglamento de aplicación de la Ley de entrada y residencia de extranjeros en el Irán (31 de mayo de 1973), en Dr. Hossein Mohammad Nabi (ed.), *Iranian Rights and Foreign Subjects*, ISBN: 964-94735-1-3, publicación Keshavarz, Teherán (2003), págs. 192, 193, 203 (texto en farsi).

Ley de entrada y residencia de extranjeros en el Irán aprobada el 1º de mayo de 1931, con enmiendas posteriores, en Dr. Hossein Mohammad Nabi (ed.), *Iranian Rights and Foreign Subjects*, ISBN: 964-94735-1-3, publicación Keshavarz, Teherán (2003), págs. 192, 193, 203 (texto en farsi).

### **Italia**

Legge 31 luglio 2005, N. 155, "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, recante misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale" (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale N. 177 del 1 agosto 2005).

[Ley No. 155 (31 de julio de 2005) sobre la conversión jurídica, con modificaciones, del Decreto Ley de 27 de julio de 2005, No. 144, por el que se presentan medidas urgentes para la lucha contra el terrorismo internacional, Boletín Oficial No. 177 (1º de agosto de 2005)].

Decreto Legislativo 25 luglio 1998 N. 286, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 18 Agosto 1998 N. 191 - S.O. N. 139).

[Decreto Legislativo No. 286 (25 de julio de 1998), por el que se establece un texto único de las disposiciones relativas a la regulación de la inmigración y normas sobre la condición del extranjero, Boletín Oficial No. 191, Suplemento Ordinario No. 139 (18 de agosto de 1998)].

Legge 6 marzo 1998, N. 40, Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (publicata nella Gazzetta Ufficiale N. 59 del 12 marzo 1998 - Supplemento Ordinario N. 40).

[Ley No. 40 (6 de marzo de 1998) sobre el control de la inmigración y normas relativas a la condición del extranjero, Boletín Oficial No. 59, Suplemento Ordinario No. 40 (12 de marzo de 1998)].

Decreto-Legge 19 marzo 1996 N. 132, Disposizioni urgenti in materia di politica dell'immigrazione e per la regolamentazione dell'ingresso e soggiorno nel territorio nazionale dei cittadini dei Paesi non appartenenti all'Unione europea, Gazzetta Ufficiale N. 66 (19 marzo 1996) ["Italy, 1996 Decree Law"].

[Decreto Ley No. 132 (19 de marzo de 1996), Disposiciones urgentes sobre política de inmigración y reglamento sobre la entrada y la estancia en el territorio nacional de ciudadanos de países no pertenecientes a la Unión Europea, Boletín Oficial No. 66 (19 de marzo de 1996)].

### **Japón**

出入国管理及び難民認定法 (昭和二十六年十月四日, 政令第三百十九号, 最近改正平成十七年六月二十二日法律第六十六号).

[Ley de control de la inmigración y de reconocimiento de la condición de refugiado ("出入国管理及び難民認定"), Orden Ministerial No. 319 de 1951].

### **Kenya**

Ley sobre restricciones a los extranjeros (entrada en vigor el 18 de mayo de 1973).

Ley de inmigración (entrada en vigor el 1º de diciembre de 1967), enmendada en 1972.

### **Lituania**

Ley sobre la situación jurídica de los extranjeros, No. IX-2206 (29 de abril de 2004).

### **Madagascar**

Décret no 94-652 du 11 octobre 1994 portant abrogation du décret No. 66-101 du 2 mars 1966 et fixant les nouvelles modalités d'application de la loi No. 62-002 du 6 juin 1962 sur l'organisation et le contrôle de l'immigration, JO No. 2272 du 11-07-94, pp. 2557-2567.

[Decreto No. 94-652, por el que se deroga el Decreto No. 66-101 de 2 de marzo de 1966 y se establecen nuevas modalidades de aplicación de la Ley No. 62-002 de 6 de junio de 1962 sobre la organización y el control de la inmigración, Boletín Oficial No. 2272, págs. 2557 a 2567 (11 de julio de 1994)].

Loi 62-006 du 6 juin 1962 fixant l'organisation et le contrôle de l'immigration (JO No. 228 du 16-06-62, p. 1075), modifiée par la loi No. 95-020 du 27 novembre 1995.

[Ley No. 62-006 sobre la organización y el control de la inmigración (6 de junio de 1962), Boletín Oficial No. 228, pág. 1075 (16 de junio de 1962) (modificada por la Ley No. 95-020 de 27 de noviembre de 1995)].

### **Malasia**

Ley de inmigración, 1959-1963.

Reglamento de inmigración de 1963.

### **Marruecos**

Dahir sobre la inmigración (entrada en vigor el 15 de noviembre de 1934).

### **Nigeria**

Constitución de la República Federal de Nigeria (1999).

Ley de inmigración de 1º de agosto de 1963, Leyes de la Federación de Nigeria de 1990, Reglamento de inmigración conforme al artículo 51 (1º de agosto de 1963).

L.N. 94 de 1963, Reglamento de inmigración (Control de extranjeros) conforme al artículo 51 (1º de agosto de 1963, con entrada en vigor el 1º de agosto de 1963).

L.N. 93 de 1963, Reglamento de inmigración conforme al artículo 51 (1º de agosto de 1963, con entrada en vigor del 1º de agosto de 1963).

### **Noruega**

Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven), LOV-1988-06-24-64, KRD (Kommunal- og regionaldepartementet), Publisert: ISBN 82-504-1476-4, 1991-01-01 (Sist-Endret: LOV-2005-06-10-50 fra 2005-09-09).

[Ley relativa a la entrada y estancia de extranjeros en el Reino de Noruega (Ley de inmigración), No. 64 (24 de junio de 1988) (modificada por última vez en virtud de la Ley 2005 06-10-50, con entrada en vigor el 9 de septiembre de 2005)].

### **Panamá**

Ley No. 6 de 5 de marzo de 1980.

Decreto Ley de 5 de julio de 1960, Gaceta Oficial No. 14167, página 2 (5 de julio de 1960, enmendada parcialmente mediante la Ley No. 6 de 5 de marzo de 1980).

### **Paraguay**

Ley No. 978 ("Ley de Migraciones") (8 de noviembre de 1996), Gaceta Oficial 24 (12 noviembre de 1996), pág. 24.

**Perú**

Ley No. 27840 (“de Asilo”), (10 de octubre de 2002), El Peruano, Número: 8148, Normas Legales (12 de octubre de 2002).

**Polonia**

Ustawa z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. 2003 nr 128 poz. 1176.

[Ley de 13 de junio de 2003 sobre la protección de los extranjeros en el territorio de la República de Polonia, Boletín Jurídico de 2003, No. 128, apartado 1176].

Ustawa z dnia 13 czerwca 2003 r. o cudzoziemcach, Dz.U. 2003 nr 128 poz. 1175.

[Ley de extranjería de 13 de junio de 2003, Boletín Jurídico de 2003, No. 128, apartado 1175].

**Portugal**

Decreto-Lei No. 244/98 de 8 de Agosto, (com as alterações dadas pela Lei No. 97/99, de 26 de Julho e pelo DL 34/2003, de 25 de Fevereiro – As alterações deste último entram em vigor no dia 12 de Março de 2003).

[Decreto Ley No. 244/98 de 8 de agosto de 1998, enmendado en virtud de la Ley No. 97/99, de 26 de julio de 1999, y del Decreto Ley 34/2003, de 25 de febrero de 2003, que entraron en vigor el 12 de marzo de 2003)].

**República de Corea**

Ley de control de la inmigración (Ley No. 4522 de 8 de diciembre de 1992, por la que se modifica íntegramente la Ley No. 1289 promulgada el 5 de marzo de 1963), enmendada en virtud de la Ley No. 7034 de 31 de diciembre de 2003.

Decreto de ejecución de la Ley de control de la inmigración, enmendado íntegramente por el Decreto Presidencial No. 13872, de 30 de marzo de 1993, enmendado por los Decretos Presidenciales No. 14301, de 30 de junio de 1994, No. 14447, de 23 de diciembre de 1994, No. 14486, de 31 de diciembre de 1994, No. 14817, de 1º de diciembre de 1995, No. 15417, de 28 de julio de 1997, No. 15764, de 1º de abril de 1998, No. 16120, de 26 de febrero de 1999, No. 16211, de 31 de marzo de 1999, No. 16603, de 27 de noviembre de 1999, No. 17305, de 16 de julio de 2001, No. 17579, de 18 de abril de 2002, No. 17769, de 6 de noviembre de 2002, No. 18097, de 1º de septiembre de 2003, No. 18130, de 20 de noviembre de 2003, No. 18312, de 17 de marzo de 2004 y No. 18520, de 17 de agosto de 2004.

**Federación de Rusia**

Российская Федерация Федеральный Закон О Правовом Положении Иностранных Граждан В Российской Федерации, N 115-ФЗ (25 июля 2002).

[Ley Federal sobre la situación jurídica de los ciudadanos extranjeros en la Federación de Rusia, No. 115-FZ (25 de julio de 2002)].

Российская Федерация Федеральный закон О Гражданстве Российской Федерации, N 62-ФЗ (31 мая 2002).

[Ley Federal sobre ciudadanía de la Federación de Rusia, No. 62-FZ (31 de mayo de 2002, con entrada en vigor el 1º de julio de 2002)].

Федеральный Закон О Порядке Выезда Из Российской Федерации И Въезда В Российскую Федерацию, N 114-ФЗ (15 августа 1996).

[Ley Federal sobre el procedimiento de salida de la Federación de Rusia y de entrada en la Federación de Rusia, No. 114-FZ (aprobada el 15 de agosto de 1996, con entrada en vigor el 22 de agosto de 1996)].

Особенная Часть : Глава 18. Административные Правонарушения В Области Защиты Государственной Границы РФ И Обеспечения Режима Пребывания Иностранных Граждан Или Лиц Без Гражданства На Территории РФ, Оглавление: Кодекс об административных правонарушениях : Раздел II, Глава 18.

[Código administrativo, capítulo 18 (“Delitos administrativos relativos a la protección de las fronteras de la Federación de Rusia y régimen de estancia de los ciudadanos extranjeros y las personas sin ciudadanía en el territorio de la Federación” Índice: Código de delitos administrativos, división II, capítulo 18)].

### **Eslovenia**

ZAKON O TUJCIH uradno prečiščeno besedilo (ZTuj-1-UPB1), Uradni list RS 108/2002 z dne 12. 12. 2002, 5310. Zakon o tujcih, stran 12884, Št. 213-04/91-1/47, Ljubljana, dne 29 novembra 2002.

[Ley de extranjería (revisión oficial), ZTUJ-1-UPB1, Boletín Oficial de la República de Eslovenia No. 108/02].

### **Sudáfrica**

Ley de inmigración, No. 13 de 2002 (aprobada el 30 de mayo de 2002), Boletín Oficial Vol. 443, No. 23478 (31 de mayo de 2002).

### **España**

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, y Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000.

### **Sudán**

Ley de nacionalidad de 2003, Legislación del Nuevo Sudán.

### **Suecia**

Ley de extranjería (1989:529).

### **Suiza**

Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, No. 101, RO 1999, p. 2556 (Etat le 29 mars 2005).

[Constitución Federal de la Confederación Suiza (18 de abril de 1999), No. 101, *Recopilación Oficial* 1999, pág. 2556].

- Loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE), No. 142.20, RO n° 1, p. 113 (Etat le 30 novembre 2004).
- [Ley Federal de 26 de marzo de 1931 sobre la estancia y residencia de extranjeros (LSEE), No. 142.20, *Recopilación Oficial* No. 1, pág. 113].
- Règlement d'exécution du 1er mars 1949 de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (RSEE), n° 142.201, RO 1949, p. 232 (Etat le 30 mars 2004).
- [Reglamento de 1° de marzo de 1949 sobre la ejecución de la Ley Federal sobre la estancia y residencia de extranjeros (RSEE), No. 142.201, *Recopilación Oficial* 1949, pág. 232].
- Ordonnance du 11 août 1999 sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers (OERE), n° 142.281, RO 1999 p. 2254 (Etat le 6 avril 2004).
- [Reglamento de 11 de agosto de 1999 sobre la ejecución de la devolución y la expulsión de extranjeros (OERE), No. 142.281, *Recopilación Oficial* 1999, pág. 2254].
- Arrêté fédéral du 15 juin 1909 mettant à la charge de la Confédération les frais de renvoi d'étrangers indigents, No. 142.291, RS No. 1, p. 133.
- [Decreto Federal de 15 de junio de 1909 por el que se responsabiliza a la Confederación de los gastos de devolución de los extranjeros indigentes, No. 142.291, *Recopilación Suiza* No. 1, pág. 133].
- Code Pénal Suisse du 21 décembre 1937, n° 311.0, RO n° 54, p. 781 (Etat le 28 décembre 2004).
- [Código Penal de Suiza de 21 de diciembre de 1937, No. 311.0, *Recopilación Oficial* No. 54, pág. 781].
- Assemblée fédérale, Arrêté fédéral concernant l'initiative populaire "pour une politique d'asile raisonnable" du 14 mars 1996, *Feuille fédérale* 1996, vol. 1, p. 1305.
- [Asamblea Federal, Decreto Federal sobre la iniciativa popular "por una política de asilo razonable" de 14 de marzo de 1996, Boletín Oficial Federal 1996, vol. 1, pág. 1305].
- Conseil fédéral, Message concernant les initiatives populaires "pour une politique d'asile raisonnable" et « contre l'immigration clandestine" du 22 juin 1994, *Feuille fédérale* 1994, vol. 3, p. 1471.
- [Consejo Federal, Mensaje relativo a las iniciativas populares "por una política de asilo razonable" y "contra la inmigración clandestina" de 22 de junio de 1994, Boletín Oficial Federal 1994, vol. 3, pág. 1471].
- Conseil fédéral, Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, *Feuille fédérale* 1997, vol. 1, p. 1.
- [Consejo Federal, Mensaje relativo a una nueva constitución federal de 20 de noviembre de 1996, Boletín Oficial Federal 1997, vol. 1, pág. 1].
- Conseil fédéral, Message concernant l'initiative populaire "pour une réglementation de l'immigration" du 20 août 1997, *Feuille fédérale* 1997, vol. 4, p. 441.
- [Consejo Federal, Mensaje relativo a la iniciativa popular "por la regulación de la inmigración" de 20 de agosto de 1997, Boletín Oficial Federal 1997, vol. 4, pág. 441].

### **Túnez**

Loi No. 1968-0007 du 8 mars 1968, relative à la condition des étrangers en Tunisie.  
[Ley No. 1968-0007, de 8 de marzo de 1968, relativa a la situación de los extranjeros en Túnez].

### **Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte**

Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc.) Act 2004.  
[Ley de asilo e inmigración (trato de demandantes, etc.) de 2004].

Nationality, Immigration and Asylum Act 2002.  
[Ley de nacionalidad, inmigración y asilo de 2002].

Immigration and Asylum Act 1999.  
[Ley de inmigración y asilo de 1999].

Asylum and Immigration Act 1996.  
[Ley de asilo e inmigración de 1996].

Asylum and Immigration Appeals Act 1993.  
[Ley de apelación en procedimientos de inmigración y asilo de 1993].

Immigration Act 1988.  
[Ley de inmigración de 1988].

British Nationality Act 1981.  
[Ley de nacionalidad británica de 1981].

State Immunity Act 1978.  
[Ley de inmunidad del Estado de 1978].

Immigration (Exemption from Control) Order 1972.  
[Orden de exención del control de inmigración de 1972].

Immigration Act 1971.  
[Ley de inmigración de 1971].

Home Office Immigration and Nationality Directorate, Operational Enforcement Manual.  
[Dirección de Inmigración y Nacionalidad del Ministerio del Interior, Manual de aplicación práctica].

### **Estados Unidos de América**

House Report No. 1978 of 1 September 1966, referred to the bill to adjust the status of Cuban refugees to that of lawful permanent residents of the United States, United States Congress, Legislative History, pp. 3792-3801. [Informe de la Cámara Baja No. 1978, de 1º de septiembre de 1966, relativo al proyecto de ley para asimilar la situación de los refugiados cubanos a la de los residentes permanentes legales de los Estados Unidos, Congreso de los Estados Unidos, Historia Legislativa, págs. 3792 a 3801].

Public Law No. 89-732 of 2 November 1966, 80 Stat. 1161, House Report No. 15183, Cuban Refugees Status, An Act to Adjust the status of Cuban refugees to that of lawful permanent residents of the United States, and for other purposes, United States Congress, Laws of 89th Congress, 2nd Session,



pp. 1360-1361. [Ley No. 89-732, de 2 de noviembre de 1966, 80 Status 1161, Informe de la Cámara Baja No. 15183, Situación de los refugiados cubanos, Ley para asimilar la situación de los refugiados cubanos a la de los residentes permanentes legales de los Estados Unidos, y para otros fines, Congreso de los Estados Unidos, Leyes de la 89ª legislatura, 2ª sesión, págs. 1360 y 1361].

Public Law No. 94-571 of 20 October 1976, 90 Status, House Report No. 14535, Immigration and Nationality Act amendments of 1976, An Act to amend the Immigration and Nationality Act, and for other purposes, United States Congress, Laws of 94th Congress, 2nd Session, pp. 2703-2707. [Ley No. 94-571, de 20 de octubre de 1976, 90 Status, Informe de la Cámara Baja No. 14535, enmiendas a la Ley de inmigración y nacionalidad de 1976, Ley para modificar la Ley de inmigración y nacionalidad, y para otros fines, Congreso de los Estados Unidos, Leyes de la 94ª legislatura, 2ª sesión, págs. 2703 a 2707].

Senate Report No. 96-256 of 23 July 1979, referred to Refugee Act of 1980, United States Congress, Legislative History, pp. 141-159. [Informe del Senado No. 96-256, de 23 de julio de 1979, relativo a la Ley de refugiados de 1980, Congreso de los Estados Unidos, Historia Legislativa, págs. 141 a 159].

House Report No. 96-608 of 9 November 1979, referred to Refugee Act of 1980, United States Congress, Legislative History. [Informe de la Cámara Baja No. 96-608, de 9 de noviembre de 1979, relativo a la Ley de refugiados de 1980, Congreso de los Estados Unidos, Historia Legislativa].

Refugee Act of 1980, Public Law No. 96-212 of 17 March 1980, 94 Stat. 102. [Ley de refugiados de 1980, Ley No. 96-212 de 17 de marzo de 1980, 94 Stat. 102].

Public Law No. 104-208 of 30 September 1996, Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996 (the 96 Act). [Ley No. 104-208 de 30 de septiembre de 1996, Ley de reforma de la inmigración ilegal y de responsabilidad de los inmigrantes de 1996 (Ley del 96)].

Immigration and Nationality Act, 8 U.S.C. (updated through 19 July 2005). [Ley de inmigración y nacionalidad, 8 U.S.C. (actualizada al 19 de julio de 2005)].

## B. Jurisprudencia nacional

### Argentina

*In re Bernardo Groisman*, Corte Suprema Federal, 22 de julio de 1935, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1935-1937, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 163, págs. 345 a 347.

*In re Cantor*, Corte Suprema Federal, 6 de abril de 1938, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1938-1940, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 143, págs. 392 y 393.

*In re Kaiser*, Corte Suprema Federal, 3 de mayo de 1939, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1938-1940, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 131, pág. 378.

*In re Flaumembaum*, Cámara Criminal de la Capital, 24 de junio de 1941, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1941-1942, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 94, págs. 313 a 315.

*In re Grunblatt*, Corte Suprema, 7 de abril de 1948, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1948, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 84, pág. 278.

*In re Guerreiro et al.*, Corte Suprema, 27 de noviembre de 1951, *International Law Reports*, 1951, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 97, pág. 315.

*Re Sosa*, Corte Suprema, 23 de marzo de 1956, *International Law Reports*, 1956, H. Lauterpacht (ed.), págs. 395 a 397.

*Re Leiva*, Cámara Nacional de Apelaciones de Resistencia, 20 de diciembre de 1957, *International Law Reports*, 1957, H. Lauterpacht (ed.), pág. 490.

### **Australia**

*R. v. Liveris and Another; Ex parte Da Costa. R. v. Liveris and Another; Ex parte Andrade. R. v. Liveris and Another; Ex parte Teixeira*, Tribunal Supremo del Territorio del Norte, 28 de marzo de 1962, *International Law Reports*, vol. 38, E. Lauterpacht (ed.), págs. 149 a 159.

*Barton v. Commonwealth of Australia*, Tribunal Superior, 20 de mayo de 1974, *International Law Reports*, vol. 55, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 11 a 37.

*Ceskovic v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs*, Tribunal de Apelación Administrativo, 27 de marzo de 1979, *International Law Reports*, vol. 73, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 627 a 634.

*Ceskovic v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs*, Tribunal Federal, Sala General, 13 de noviembre de 1979, *International Law Reports*, vol. 73, E. Lauterpacht (ed.), C.J. Greenwood, págs. 627 a 634.

*Simsek v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs and Another*, Tribunal Superior, 10 de marzo de 1982, *International Law Reports*, vol. 87, E. Lauterpacht (ed.), C.J. Greenwood, págs. 121 a 129.

*Re Minister for Immigration and Multicultural Affairs; Ex parte Miah*, Tribunal Superior de Australia, 14 de junio de 2001.

*Re Patterson; Ex parte Taylor*, Tribunal Superior de Australia, 6 de septiembre de 2001.

*Re Minister for Immigration and Multicultural Affairs; Ex parte Te; Re Mini*, Tribunal Superior de Australia, 7 de noviembre de 2002.

*Al-Kateb v. Godwin*, Tribunal Superior de Australia, 6 de agosto de 2004.

### **Austria**

*Expulsion of Alien (Austria) Case*, Tribunal Supremo, 20 de octubre de 1958, *International Law Reports*, vol. 28, E. Lauterpacht (ed.), págs. 310 y 311.

*Italian South Tyrol Terrorism Case*, Tribunal Supremo, 8 de octubre de 1968, *International Law Reports*, vol. 71, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 235 a 238.

*H v. Directorate for Security of the Province of Lower Austria*, Tribunal Constitucional, 27 de junio de 1975, *International Law Reports*, vol. 77, E. Lauterpacht (ed.), C.J. Greenwood, págs. 443 a 447.

Geschäftszahl, B2091/92, Sammlungsnummer No. 13660, 18 de diciembre de 1993.

Geschäftszahl, B2259/94, B1599/94, B2563/94, B2643/94, B1578/95, Sammlungsnummer No. 14091, 16 de marzo de 1995.

Geschäftszahl, B2754/94, Sammlungsnummer No. 14121, 13 de junio de 1995.

Geschäftszahl, B266/97, Sammlungsnummer No. 14998, 27 de noviembre de 1997.

Geschäftszahl, 98/21/0249, 20 de octubre de 1998.

Geschäftszahl, 99/18/0192, 5 de marzo de 2003.

### **Bélgica**

*Bertoldi v. Belgian State (Minister of Justice)*, Consejo de Estado, 19 de mayo de 1950, *International Law Reports*, 1950, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 77, págs. 256 y 257.

*Bandali v. Governor-General of the Belgian Congo*, Consejo de Estado, 17 de noviembre de 1950, *International Law Reports*, 1950, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 78, págs. 257 y 258.

*Osis v. Minister of Justice*, Consejo de Estado, 10 de julio de 1951, *International Law Reports*, 1951, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 90, pág. 300.

*Gianotis v. Minister of Justice*, Consejo de Estado, 21 de marzo de 1952, *International Law Reports*, 1952, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 70, págs. 350 a 352.

*Dupont v. Minister of Justice*, Consejo de Estado, 16 de mayo de 1952, *International Law Reports*, 1952, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 72, pág. 358.

*Alpi v. Minister of Justice*, Bélgica, Consejo de Estado, 4 de julio de 1952, *International Law Reports*, 1952, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 73, págs. 359 y 360.

*Roels v. Belgian State, Minister of Justice*, Consejo de Estado, 8 de julio de 1952, *International Law Reports*, 1952, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 74, pág. 360.

*Mansouri v. Belgian State (Minister of Justice)*, Consejo de Estado, 22 de mayo de 1953 *International Law Reports*, 1953, H. Lauterpacht (ed.), págs. 333 a 335.

*Cazier v. Belgian State (Minister of Justice)*, Consejo de Estado, 13 de julio de 1953, *International Law Reports*, 1953, H. Lauterpacht (ed.), págs. 335 y 336.

*Bujacz v. Belgian State (Minister of Justice)*, Consejo de Estado, 13 de julio de 1953, *International Law Reports*, 1953, H. Lauterpacht (ed.), págs. 336 y 337.

*Pieters v. Belgian State (Minister of Justice)*, Consejo de Estado, 30 de septiembre de 1953, *International Law Reports*, 1953, H. Lauterpacht (ed.), págs. 338 y 339.

- Groesz v. Belgian State (Minister of Justice)*, Consejo de Estado, 28 de octubre de 1953, *International Law Reports*, 1953, H. Lauterpacht (ed.), págs. 339 y 340.
- Holmes v. Belgian State (Minister of Justice)*, Consejo de Estado, 29 de enero de 1954, *International Law Reports*, 1954, H. Lauterpacht (ed.), págs. 222 a 224.
- Mark v. Belgian State (Minister of Justice)*, Consejo de Estado, 14 de mayo de 1954, *International Law Reports*, 1954, H. Lauterpacht (ed.), págs. 224 y 225.
- Banda v. Belgian State (Minister of Justice)*, Bélgica, Consejo de Estado, 22 de mayo de 1959, *International Law Reports*, vol. 43, 1971, E. Lauterpacht (ed.), págs. 229 a 231.
- Re Ratzlaff*, Tribunal de Casación, 21 de septiembre de 1959, *International Law Reports*, vol. 47, 1974, E. Lauterpacht (ed.), págs. 263 y 264.
- Ouriaghi v. The Belgian State (Minister of Justice)*, Consejo de Estado, 24 de junio de 1960, *International Law Reports*, vol. 31, 1966, E. Lauterpacht (ed.), págs. 352 y 353.
- Oudjit v. Belgian State (Minister of Justice)*, Consejo de Estado, 10 de julio de 1961, *International Law Reports*, vol. 31, 1966, E. Lauterpacht (ed.), págs. 353 a 355.
- Karé-Mérat v. Belgium and Belgian Representative of the UN High Commissioner for Refugees*, Consejo de Estado (Sala Tercera), 25 de septiembre de 1970, *International Law Reports*, vol. 69, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 205 a 209.
- Nemeth*, Consejo de Estado, 26 de junio de 1973, *International Law Reports*, vol. 77, E. Lauterpacht (ed.), C.J. Greenwood, págs. 384 a 387.

### **Brasil**

- In re Everardo Diaz*, Supremo Tribunal Federal, 8 de noviembre de 1919, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1919-1922, Sir John Fischer Williams y H. Lauterpacht (eds.), Causa No. 179, págs. 254 a 257.
- In re Esposito*, Supremo Tribunal Federal, 25 de julio de 1932, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1933-1934, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 138, págs. 332 y 333.
- In re de Souza*, Supremo Tribunal Federal, 29 de octubre de 1934, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1933-1934, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 139, págs. 333 y 334.
- In re Carnevale*, Tribunal Supremo, 19 de julio de 1939, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1938-1940, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 141, págs. 390 y 391.
- In re Forster*, Supremo Tribunal Federal, 28 de enero de 1942, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1943-1945, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 69, págs. 235 y 236.

**Canadá**

*Re Janoczka*, Tribunal de Apelaciones de Manitoba, 4 de agosto de 1932, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1931-1932, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 154, págs. 291 y 292.

*In the Matter of a Reference as to the Effect of the Exercise by His Excellency the Governor General of the Royal Prerogative of Mercy upon Deportation Proceedings*, Referencia al Tribunal Supremo, 15 y 29 de marzo de 1933, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1933 and 1934, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 135, págs. 328 a 330.

*Ex Parte Brent*, Tribunal Superior de Ontario, 5 de julio de 1954, *International Law Reports*, 1956, H. Lauterpacht (ed.), págs. 401 a 403.

*Ex Parte Brent*, Tribunal de Apelaciones de Ontario, 5 de abril de 1955, *International Law Reports*, 1956, H. Lauterpacht (ed.), págs. 401 a 403.

*Ex Parte Brent*, Tribunal Supremo, 6 de febrero de 1956, *International Law Reports*, 1956, H. Lauterpacht (ed.), págs. 401 a 403.

*Masella v. Langlais*, Tribunal Supremo, 7 de marzo de 1955, *International Law Reports*, 1955, H. Lauterpacht (ed.), págs. 490 a 497.

*Regina v. Spalding*, Tribunal de Apelaciones de British Columbia, 6 de julio de 1955, *International Law Reports*, 1955, H. Lauterpacht (ed.), págs. 510 y 511.

*Re Mannira*, Tribunal Supremo de Ontario, 19 de noviembre de 1958, *International Law Reports*, vol. 27, E. Lauterpacht (ed.), págs. 247 y 248.

*Re Mannira*, Tribunal de Apelaciones de Ontario, 5 de marzo de 1959, *International Law Reports*, vol. 27, E. Lauterpacht (ed.), págs. 247 y 248.

*Franklyn v. McFaul and Others*, Tribunal Supremo de Quebec, 16 de marzo de 1960, *International Law Reports*, vol. 32, E. Lauterpacht (ed.), págs. 247 a 249.

*Rebrin v. Bird and Minister of Citizenship and Immigration*, Tribunal Supremo de British Columbia, 13 de mayo de 1960, *International Law Reports*, vol. 32, E. Lauterpacht (ed.), págs. 260 a 275.

*Rebrin v. Bird and Minister of Citizenship and Immigration*, Tribunal de Apelaciones de British Columbia, 26 de julio de 1960, *International Law Reports*, vol. 32, E. Lauterpacht (ed.), págs. 260 a 275.

*Rebrin v. Bird and Minister of Citizenship and Immigration*, Tribunal Supremo, 27 de marzo de 1961, *International Law Reports*, vol. 32, E. Lauterpacht (ed.), págs. 260 a 275.

*King v. Brooks and Minister of Citizenship and Immigration*, Tribunal de Manitoba del Queen's Bench, 6 de junio de 1960, *International Law Reports*, vol. 32, E. Lauterpacht (ed.), págs. 249 a 251.

*King v. Brooks and Minister of Citizenship and Immigration*, Tribunal de Apelaciones de Manitoba, 25 de octubre de 1960, *International Law Reports*, vol. 32, E. Lauterpacht (ed.), págs. 249 a 251.

- Louie Yuet Sun v. The Queen*, Tribunal Supremo de Justicia de Ontario, 22 de marzo de 1960, Tribunal Supremo, 28 de noviembre de 1960, *International Law Reports*, vol. 32, E. Lauterpacht (ed.), págs. 252 a 255.
- Louie Yuet Sun v. The Queen*, Tribunal de Apelaciones de Ontario, 21 de septiembre de 1960, *International Law Reports*, vol. 32, E. Lauterpacht (ed.), págs. 252 a 255.
- Louie Yuet Sun v. The Queen*, Tribunal Supremo, 28 de noviembre de 1960, *International Law Reports*, vol. 32, E. Lauterpacht (ed.), págs. 252 a 255.
- Hecht v. McFaul and Attorney-General of the Province of Quebec*, Tribunal Superior de Quebec, 26 de enero de 1961, *International Law Reports*, vol. 42, E. Lauterpacht (ed.), págs. 226 a 229.
- Chan v. McFarlane*, Tribunal Superior de Ontario, 5 de enero de 1962, *International Law Reports*, vol. 42, E. Lauterpacht (ed.), págs. 213 a 218.
- Chan v. McFarlane*, Tribunal de Apelaciones de Ontario, 13 de junio de 1962, *International Law Reports*, vol. 42, E. Lauterpacht (ed.), págs. 213 a 218.
- Re Fraser*, Tribunal Supremo de Nueva Escocia, 26 de junio de 1962, *International Law Reports*, vol. 42, E. Lauterpacht (ed.), págs. 229 a 232.
- Espaillet-Rodriguez v. The Queen*, Tribunal Supremo, 1º de octubre de 1963, *International Law Reports*, vol. 42, E. Lauterpacht (ed.), págs. 207 a 210.
- Violi v. Superintendent of Immigration et al.*, Tribunal de Quebec del Queen's Bench (Apelaciones), 23 de julio de 1964, *International Law Reports*, vol. 42, E. Lauterpacht (ed.), págs. 210 a 213.
- Violi v. Superintendent of Immigration et al.*, Tribunal Supremo del Canadá, 21 de diciembre de 1964, *International Law Reports*, vol. 42, E. Lauterpacht (ed.), págs. 210 a 213.
- Re Immigration Act Re Vergakis*, Tribunal Supremo de British Columbia, 11 de agosto de 1964, *International Law Reports*, vol. 42, E. Lauterpacht (ed.), págs. 219 a 226.
- Re Immigration Act, Re Kokorinis*, Tribunal Supremo de British Columbia, 29 de junio de 1965, *International Law Reports*, vol. 43, E. Lauterpacht (ed.), págs. 225 a 229.
- Re Vinarao*, Tribunal Supremo de British Columbia, 11 de abril de 1967, *International Law Reports*, vol. 44, E. Lauterpacht (ed.), págs. 163 a 168.
- Gooliah v. Reginam and Minister of Citizenship and Immigration*, Tribunal de Apelaciones de Manitoba, 14 de abril de 1967, *International Law Reports*, vol. 43, E. Lauterpacht (ed.), págs. 219 a 224.
- Re Ho Kit Cheung*, Tribunal Supremo de British Columbia, 27 de abril de 1967, *International Law Reports*, vol. 44, E. Lauterpacht (ed.), págs. 157 a 162.
- Re Immigration Act, Re Kokorinis*, Tribunal de Apelaciones de British Columbia, 3 de mayo de 1967, *International Law Reports*, vol. 43, E. Lauterpacht (ed.), págs. 225 a 229.

- Re Vinarao*, Tribunal de Apelaciones de British Columbia, 17 de enero de 1968, *International Law Reports*, vol. 44, E. Lauterpacht (ed.), págs. 163 a 168.
- Re Ho Kit Cheung*, Tribunal de Apelaciones de British Columbia, 18 de enero de 1968, *International Law Reports*, vol. 44, E. Lauterpacht (ed.), págs. 157 a 162.
- Re Koressis*, Tribunal Supremo de British Columbia, 8 de febrero de 1968, *International Law Reports*, vol. 44, E. Lauterpacht (ed.), págs. 169 a 173.
- Moore v. The Minister of Manpower and Immigration*, Tribunal Supremo, 24 de junio de 1968, *International Law Reports*, vol. 43, E. Lauterpacht (ed.), págs. 213 a 218.
- Prata v. Minister of Manpower and Immigration*, Tribunal Supremo, 28 de enero de 1975, *International Law Reports*, vol. 69, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 210 a 215.
- Re Hardayal and Minister of Manpower and Immigration*, Tribunal Federal de Apelaciones, 20 de mayo de 1976, *International Law Reports*, vol. 73, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 617 a 626.
- Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration and Others)*, Tribunal Supremo, 11 de enero de 2002, *International Legal Materials*, vol. 41, 2002, págs. 954 a 986; *International Law Reports*, vol. 124, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood, A.G. Oppenheimer (eds.), págs. 343 a 384.

### **Chile**

- In re Jeanprost*, Corte Suprema, 12 de junio y 20 de agosto de 1923, *Annual Digest of Public International Law Cases, 1923-1924*, Sir John Fischer Williams and H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 158, págs. 276 y 277.
- In re López*, Corte de Santiago, 2 de junio de 1953, *International Law Reports*, 1953, H. Lauterpacht (ed.), pág. 343.

### **Colombia**

- In re Watemberg*, Consejo de Estado, 13 de diciembre de 1937, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1938-1940*, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 137, págs. 384 a 386.

### **Costa Rica**

- In re Rojas et al.*, Corte Suprema de Costa Rica, 26 de julio de 1938, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1938-1940*, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 140, págs. 389 y 390.
- In re Keibel et al.*, Corte Suprema de Costa Rica, 1º de junio de 1939, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1938-1940*, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 139, págs. 388 y 389.
- In re Barahona*, Corte Suprema de Costa Rica, 10 de agosto de 1939, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1938-1940*, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 138, págs. 386 a 388.
- Hearn v. Consejo de Gobierno*, Tribunal de Casación de Costa Rica, 17 de septiembre de 1962, *International Law Reports*, vol. 32, E. Lauterpacht (ed.), págs. 257 a 260.

**Cuba**

*In re González*, Tribunal Supremo de Cuba, 10 de mayo de 1933, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1933-1934, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 129, págs. 311 y 312.

**Egipto**

*Re Th. and D.*, Consejo de Estado, 16 de marzo de 1953, *International Law Reports*, 1951, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 92, págs. 301 y 302.

**Estonia**

*George Talma et al. v. Minister of the Interior*, Consejo de Estado, 14 de octubre de 1927, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1935-1937, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 142, pág. 313.

**Francia**

*Mavromatis v. Public Prosecutor*, Tribunal de Casación (Sala de lo Penal), 15 de noviembre de 1934, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1933-1934, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 136, págs. 330 y 331.

*Public Prosecutor v. Jacovleff*, Tribunal de Apelaciones de París, 20 de julio de 1934, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1933-1934, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 137, págs. 331 y 332.

*Public Prosecutor v. Zinger*, Tribunal Correccional del Sena, 14 de noviembre de 1936, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1935-1937, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 138, págs. 307 y 308.

*Brozoza's Case*, Tribunal de Apelaciones de Toulouse, 9 de junio de 1937, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1935-1937, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 139, págs. 308 a 310.

*Ivanoff v. Fondation Bélaïeff*, Tribunal de Apelaciones de París, 25 de marzo de 1937, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1935-1937, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 140, págs. 310 y 311.

*In re Goulfert*, Consejo de Estado, 8 de marzo de 1939, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1919-1942 (suplemento), H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 103, pág. 197.

*In re Kaboloeff*, Consejo de Estado, 8 de marzo de 1940, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1919 a 1942 (suplemento), H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 104, págs. 197 y 198.

*In re Salon*, Consejo de Estado, 3 de abril de 1940, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1919-1942 (suplemento), H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 105, págs. 198 y 199.

*In re Woudstra*, Tribunal de Apelaciones de Amiens, 4 de diciembre de 1951, *International Law Reports*, 1951, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 91, pág. 301.

*Re Yahia*, Tribunal de Casación, 20 de diciembre de 1966, *International Law Reports*, vol. 47, E. Lauterpacht (ed.), págs. 264 y 265.



- Beinisch*, Consejo de Estado, 18 de diciembre de 1968, *International Law Reports*, vol. 72, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 220 a 222.
- Cohn-Bendit*, Consejo de Estado, 9 de enero de 1970, *International Law Reports*, vol. 70, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 363 y 364.
- Mihouri*, Consejo de Estado, 17 de enero de 1970, *International Law Reports*, vol. 70, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 358 y 359.
- Perregaux*, Consejo de Estado, 13 de mayo de 1977, *International Law Reports*, vol. 74, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 427 a 430.
- Pagoaga Gallastegui v. Minister of the Interior*, Consejo de Estado, 27 de mayo de 1977, *International Law Reports*, vol. 74, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 430 a 444.
- Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, Decisión No. 93-325 de 13 de agosto de 1993, Consejo Constitucional, Diario Oficial de 18 de agosto de 1993, pág. 11722.
- Nature juridique des dispositions de l'ordonnance No. 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, Decisión No. 96-179 L, Consejo Constitucional, Diario Oficial de 18 de octubre de 1996, pág. 15301.
- López de la Calle Gauna*, Consejo de Estado, 10 de abril de 2002.
- M. Vadivel P.*, Consejo de Estado, 13 de junio de 2003.
- Ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c. M.K.K.B.*, Consejo de Estado, 11 de junio de 2004.
- M. et Mme Mohammed X.*, Tribunal Administrativo de Apelaciones de Marsella, 14 de junio de 2004.
- Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c. M. Bouziane*, Consejo de Estado, 4 de octubre de 2004.
- M. Ali A.*, Consejo de Estado, 18 de marzo de 2005.

### **Gambia**

- Chief Superintendent of Police v. Camara*, Protectorado de Gambia, Tribunal Supremo, 25 de enero de 1957, *International Law Reports*, 1957, H. Lauterpacht (ed.), pág. 491.

### **Alemania**

- Yugoslav Refugee (Germany) Case*, República Federal de Alemania, Tribunal Federal Administrativo Supremo, 28 de junio de 1956, *International Law Reports*, 1956, H. Lauterpacht (ed.), págs. 386 a 388.
- Expulsion of Alien (Germany) Case*, República Federal de Alemania, Tribunal Federal Administrativo Supremo, 25 de octubre de 1956, *International Law Reports*, 1956, H. Lauterpacht (ed.), págs. 393 a 395.

*Homeless Alien (Germany) Case*, República Federal de Alemania, Tribunal Federal Administrativo Supremo, 30 de septiembre de 1958, *International Law Reports*, vol. 26, 1958-II, E. Lauterpacht (ed.), págs. 503 a 509.

*Expulsion of Foreign National (Germany) Case*, República Federal de Alemania, Tribunal Administrativo de Apelación del Land de Renania del Norte-Westfalia, 16 de mayo de 1961, *International Law Reports*, vol. 32, E. Lauterpacht (ed.), págs. 255 a 257.

*Expulsion of Alien Case*, República Federal de Alemania, Tribunal Administrativo de Apelación de Bavaria, 12 de enero de 1966, *International Law Reports*, vol. 57, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 313 a 315.

*In Re Paul B.*, República Federal de Alemania, Tribunal Federal Constitucional (Senado Supremo), 1º de marzo de 1966, *International Law Reports*, vol. 45, E. Lauterpacht (ed.), págs. 371 a 376.

*Residence Prohibition Order Case (1)*, República Federal de Alemania, Tribunal Administrativo Superior de Münster, 24 de septiembre de 1968, *International Law Reports*, vol. 61, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (ed.), págs. 431 a 433.

*Residence Prohibition Order Case (2)*, República Federal de Alemania, Tribunal Administrativo Superior de Münster, 1º de octubre de 1968, *International Law Reports*, vol. 61, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 433 a 436.

*Expulsion Order Case*, República Federal de Alemania, Tribunal Administrativo Superior de Hesse, 13 de noviembre de 1968, *International Law Reports*, vol. 61, E. Lauterpacht (ed.), C.J. Greenwood, págs. 436 a 443.

*Deportation to U. Case*, República Federal de Alemania, Tribunal Administrativo Superior (Oberverwaltungsgericht) de Renania-Palatinado, 16 de mayo de 1972, *International Law Reports*, vol. 73, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 613 a 617.

## **Guyana**

*Brandt v. Attorney-General of Guyana and Austin*, Tribunal de Apelaciones, 8 de marzo de 1971, *International Law Reports*, vol. 70, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 450 a 496.

## **India**

*Muller v. Superintendent, Presidency Jail, Calcutta and Others*, Tribunal Supremo, 23 de febrero de 1955, *International Law Reports*, 1955, H. Lauterpacht (ed.), págs. 497 a 500.

*Nasir Ahmed v. The Chief Commissioner, Delhi, and Another*, Tribunal Supremo del Punjab, 22 de septiembre de 1958, *International Law Reports*, vol. 27, E. Lauterpacht (ed.), págs. 245 a 247.

*Nasir Ahmed v. Chief Commissioner, Delhi, and Another*, Tribunal Supremo del Punjab, 22 de septiembre de 1958, *International Law Reports*, vol. 45, E. Lauterpacht (ed.), págs. 345 a 352.

**Irlanda**

*The State (at the prosecution of Hermann Goertz) v. The Minister of State, Eire*, Tribunal Supremo, 2 y 5 de mayo de 1947, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1948, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 83, págs. 276 y 277.

**Israel**

Tribunal Supremo, juicio en casos de órdenes de deportación de 10 de abril de 1988, *International Legal Materials*, vol. 29, 1990, págs. 139 a 181.

**Italia**

*In Re Doelitzsch*, Tribunal de Casación, Sección Primera de lo Penal, 2 de julio de 1923, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1923-1924, Sir John Fischer Williams y H. Lauterpacht (eds.), Causa No. 156, págs. 274 y 275.

*In Re Menichian*, Tribunal de Casación, Sección Primera de lo Penal, 13 de septiembre de 1924, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1923-1924, Sir John Fischer Williams y H. Lauterpacht (eds.), Causa No. 157, págs. 275 y 276.

*Ministero dell'Interno v. Emmingham Keith Terence*, Causa No. 7373, Reg. Ric., Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), 1993.

Sentenza No. 62, La Corte Costituzionale, 24 de febrero de 1994.

Ordinanza No. 106, La Corte Costituzionale, 31 de marzo de 1995.

Sentenza No. 129, La Corte Costituzionale, 14 de abril de 1995.

*Calliku Muharrem v. Ministero dell'Interno*, Causa No. 8339, Reg. Ric., Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), 1996

*Ministero dell'Interno v. Abdel Ghani Kassir*, Causa No. 10103, Reg. Ric., Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), Reg. Ric., 1999.

*Bounafaa Mohamed v. Ministero dell'interno*, Causa No. 9306 Reg. Ric., Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), 1999.

*Ministero dell'Interno v. El Fares Samir, nc.*, Causa No. 9231, Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), Reg. Ric., 1999

*Ministero dell'Interno v. Chafik Mohcine*, Causa No. 6557, Reg. Ric., Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), 2000.

Sentenza No. 161, La Corte Costituzionale, 31 de mayo de 2000.

Sentenza No. 376, La Corte Costituzionale, 27 de julio de 2000.

Sentenza No. 105, La Corte Costituzionale, 10 de abril de 2001.

Sentenza No. 5, La Corte Costituzionale, 13 de enero de 2004.

Sentenza No. 222, La Corte Costituzionale, 15 de julio de 2004.

Sentenza No. 257, La Corte Costituzionale, 18 de julio de 2004.

Ordinanza No. 422, La Corte Costituzionale, 15 de diciembre de 2004.

Ordinanza No. 9, La Corte Costituzionale, 11 de enero de 2005

Ordinanza No. 206, La Corte Costituzionale, 26 de mayo de 2005.

Ordinanza No. 372, La Corte Costituzionale, 28 de septiembre de 2005.

### **Lesotho**

*Smith v. Minister of Interior and Others*, Tribunal Supremo, 8 de julio de 1975, *International Law Reports*, vol. 70, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 364 a 372.

### **Luxemburgo**

*Maffei v. Minister of Justice*, Consejo de Estado (Comité de lo Contencioso), 12 de noviembre de 1980, *International Law Reports*, vol. 73, E. Lauterpacht (ed.), C.J. Greenwood, págs. 652 a 657.

### **México**

*In re Juan González Díaz*, Suprema Corte de México, 19 de agosto de 1919, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1919-1922, Sir John Fischer Williams and H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 178, págs. 253 y 254.

*In re Sánchez*, Suprema Corte de México, 17 de noviembre de 1932, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1931-1932, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 155, pág. 292.

*In re Maria Gil*, Suprema Corte de México, 6 de abril de 1935, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1935-1937, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 160, págs. 340 a 342.

*In re Lemberguer*, Suprema Corte de México, 21 de septiembre de 1938, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1938-1940, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 136, pág. 384.

*In re Velasco Tovar et al.*, Suprema Corte de México, 3 de octubre de 1951, *International Law Reports*, 1951, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 94, págs. 308 y 309.

### **Myanmar (Birmania)**

*Karam Singh v. Controller of Immigration*, Tribunal Supremo de Birmania, 25 de junio de 1956, *International Law Reports*, vol. 28, E. Lauterpacht (ed.), págs. 311 y 313.

*Sitaram v. Superintendent, Rangoon, Central Jail*, Tribunal Supremo de Birmania, 15 de febrero de 1957, *International Law Reports*, vol. 28, E. Lauterpacht (ed.), págs. 313 y 314.

*Salebhoy v. The Controller of Immigration*, Tribunal Principal de Birmania, 24 de enero de 1963, *International Law Reports*, vol. 36, E. Lauterpacht (ed.), págs. 345 a 350.

### Países Bajos

*D.C. v. Public Prosecutor*, Tribunal Supremo de los Países Bajos, 31 de agosto de 1972, *International Law Reports*, vol. 73, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 38 a 43.

*Lülf v. State of the Netherlands*, Tribunal de Apelaciones de La Haya, 17 de junio de 1976, *International Law Reports*, vol. 74, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 424 a 426.

*K. A. v. State of the Netherlands*, Tribunal de Distrito de La Haya, 12 de julio de 1979, *International Law Reports*, vol. 74, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 444 a 448.

*SIG v. Public Prosecutor*, Tribunal Supremo de los Países Bajos, 1 de julio de 1985, *International Law Reports*, vol. 100, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood, A.G. Oppenheimer (eds.), págs. 408 a 412.

*Netherlands vs. SM*, Tribunal de Apelaciones de La Haya, 12 de septiembre de 1986, *International Law Reports*, vol. 99, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 7 a 11.

### Nueva Zelandia

*Pagliara v. Attorney-General*, Tribunal Supremo de Nueva Zelandia, Christchurch, 30 de mayo de 1973, *International Law Reports*, vol. 68, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 159 a 170.

*Tobias v. May and Another*, Tribunal Supremo de Nueva Zelandia, Wellington, 18 de noviembre de 1975, *International Law Reports*, vol. 68, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 170 a 173.

### Nigeria

*Shugaba Abdulrahaman Darman v. The Federal Minister of Internal Affairs and Others*, Tribunal Supremo de Maiduguri, 21 de julio de 1980, *International Law Reports*, vol. 103, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood, A.G. Oppenheimer (eds.), págs. 268 a 298.

### Federación de Rusia

*Ruling No. 6, Case of the review of the constitutionality of a provision in the second part of article 31 of the USSR Act of 24 de julio de 1981, "On the legal status of aliens in the USSR" in connection with the complaint of Yahya Dashti Gafur*, Tribunal Constitucional de la Federación de Rusia, 17 de febrero de 1998.

*Kent David Lee*, Tribunal Supremo de la Federación de Rusia, 2 de abril de 2002.

### Sudáfrica

*Minister of the Interior v. Bechler and Others, Beier v. Minister of the Interior*, Unión de Sudáfrica, Sala de Apelaciones, 28 de mayo de 1948, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1948, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 67, págs. 237 a 248.

*Aronowicz v. Minister of the Interior*, Sala de Apelaciones del Tribunal Supremo, 15 de noviembre y 12 de diciembre de 1949, *International Law Reports*, 1950, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 79, págs. 258 y 259.

*In re Mohamed*, Tribunal Supremo, Distrito Provincial de El Cabo, 5 de junio de 1950, *International Law Reports*, 1950, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 80, págs. 259 y 260.

*Harneker v. Gaol Superintendent*, Sudáfrica, Tribunal Supremo, Distrito Provincial de El Cabo, 2 de abril de 1951, *International Law Reports*, 1951, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 89, págs. 294 a 299.

*Latiefa v. Principal Immigration Officer*, Tribunal Supremo de Sudáfrica, Distrito Provincial de El Cabo, 30 de abril de 1951, *International Law Reports*, 1951, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 89, págs. 294 a 299.

*Khan v. Principal Immigration Officer*, Tribunal Supremo, Sala de Apelaciones, *International Law Reports*, 1951, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 93, págs. 303 a 308.

*Urban v. Minister of the Interior*, Tribunal Supremo, Distrito Provincial de El Cabo, 30 de abril de 1953, *International Law Reports*, 1953, H. Lauterpacht (ed.), págs. 340 a 342.

*Kader v. Minister of the Interior*, Tribunal Supremo, Distrito Provincial de El Cabo, 19 de marzo de 1954, *International Law Reports*, 1954, H. Lauterpacht (ed.), págs. 219 a 222.

*Kazee v. Principal Immigration Officer and Another*, Tribunal Supremo, Distritos Locales de Witwatersrand, 3 de marzo de 1954, *International Law Reports*, 1954, H. Lauterpacht (ed.), págs. 229 a 231.

*Mohamed and Another v. President of the Republic of South Africa and Others*, Tribunal Constitucional, 28 de mayo de 2001, *International Law Reports*, vol. 127, E. Lauterpacht (ed.), C. J. Greenwood, A.G. Oppenheimer, págs. 469 a 500.

### **España**

Sentencia No. 24/2000, Tribunal Constitucional, 31 de enero de 2000.

Sentencia No. 95/2003, Tribunal Constitucional, 26 de mayo de 2003.

Sentencia No. 15/2005, Tribunal Constitucional, 31 de enero de 2005.

### **Suiza**

*Wegmann v. Staatsanwaltschaft Des Kantons Zurich*, Tribunal Federal, 30 de enero de 1948, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1948, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 91, pág. 291.

*Daouchi v. Conseil d'État du Canton de Vaud*, Tribunal Federal, 16 de febrero de 1966 *International Law Reports*, vol. 72, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 593 a 596.

*Dame X v. Conseil d'État du Canton de Genève*, Tribunal Federal, 2 de abril de 1987, *International Law Reports*, vol. 102, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood, A.G. Oppenheimer (eds.), págs. 195 a 197.

### Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

- Rex v. GoldFarb, Rex v. Szczenslive*, Tribunal de Apelaciones Penales de Inglaterra, 10 de febrero de 1936, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1935-1937, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 136, págs. 304 y 305.
- Rex v. Bottrill; Ex Parte Kuechenmeister*, Tribunal de Apelaciones de Inglaterra, 19, 22, 23 y 30 de julio de 1946, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1946, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 132, págs. 312 a 321.
- Rex v. Governor of H.M. Prison at Brixton and the Secretary of State for Home Affairs, Ex parte Sliwa*, Tribunal de Apelaciones de Inglaterra, 20 de diciembre de 1951, *International Law Reports*, 1951, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 95, págs. 310 a 313.
- Reg v. Governor of Brixton Prison, Ex parte Soblen*, Tribunal Supremo de Justicia de Inglaterra, Queen's Bench Division, 24 de agosto de 1962, *International Law Reports*, vol. 33, E. Lauterpacht (ed.), págs. 255 a 293.
- Citizen of Greece v. Secretary of State for the Home Department*, Tribunal de Apelaciones de Inmigración de Inglaterra, 14 de octubre de 1976, *International Law Reports*, vol. 70, E. Lauterpacht (ed.), C.J. Greenwood, págs. 496 a 499.
- R. v. Secretary of State for Home Affairs, ex parte Hosenball*, Tribunal de Apelaciones de Inglaterra, 29 de marzo de 1977, *International Law Reports*, vol. 73, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 635 a 651.
- Fernandes v. Secretary of State for the Home Department*, Tribunal de Apelaciones de Inglaterra, 20 de noviembre de 1980, *International Law Reports*, vol. 78, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 371 a 378.
- R. v. Bow Street Magistrates, ex parte Mackeson*, Tribunal Supremo de Inglaterra (Tribunal de División), 25 de junio de 1981, *International Law Reports*, vol. 77, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 336 a 345.
- R. v. Guildford Magistrates' Court, ex parte Healy*, Tribunal Supremo de Inglaterra (Tribunal de División), 8 de octubre de 1982, *International Law Reports*, vol. 77, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 345 a 350.
- R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Chahal*, Tribunal de Apelaciones de Inglaterra, 22 de octubre de 1993, *International Law Reports*, vol. 108, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood, A.G. Oppenheimer (eds.), págs. 363 a 384.
- Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, Tribunal de Apelaciones de Inglaterra, 23 de mayo de 2000, *International Law Reports*, vol. 124, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood, A.G. Oppenheimer (eds.), págs. 511 a 550.
- A and others v. Secretary of State for the Home Department (No. 2)*, Tribunal de Apelaciones, 7 de julio de 2004, [2005] 1 WLR 414.
- The Queen on the Application of "B" & ORS v. Secretary of State for the Foreign & Commonwealth Office*, Tribunales Reales de Justicia, Strand (Londres), 18 de octubre de 2004, [2004] EWCA Civ 1344.

*A and others v. Secretary of State for the Home Department; X and another v Secretary of State for the Home Department*, Cámara de los Lores, 16 de diciembre de 2004 [Causas Nos. (2004) UKHL 56, (2005) 2 AC 68, (2005) 3 All ER 169].

*AA (Zimbabwe v. Secretary of State for the Home Department)*, Tribunal de Asilo e Inmigración del Reino Unido, 14 de octubre de 2005, [2005] UKAIT 00159.

*A and others v Secretary of State for the Home Department*, sentencia aprobada, Cámara de los Lores, 8 de diciembre de 2005, [2005] UKHL 71.

### **Estados Unidos de América**

*Nishimura Ekiu v. United States et al.*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 18 de enero de 1892, 142 U.S. 651.

*Fong Yue Ting v. United States*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 15 de mayo de 1893, 149 U.S. 698.

*The Japanese Immigrant Case*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 6 de abril de 1903, 189 U. S. 86.

*Lopez v. Howe, Immigration Commissioner*, Tribunal de Apelaciones de Secciones de los Estados Unidos, Sección Segunda, 14 de mayo de 1919, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1919-1922, Sir John Fischer Williams y H. Lauterpacht (eds.), Causa No. 177, págs. 252 y 253.

*Ex Parte Pettine*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito de Massachusetts, 3 de junio de 1919, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1919-1922, Sir John Fischer Williams y H. Lauterpacht (eds.), Causa No. 176, págs. 251 y 252.

*Ng Fung Ho et al. v. White, Commissioner of Immigration*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 29 de mayo de 1922, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1919-1922, Sir John Fischer Williams y H. Lauterpacht (eds.), Causa No. 180, págs. 257 y 258.

*United States Ex Rel. Mensevich v. Tod, Commissioner of Immigration*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 18 de febrero de 1924, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1923-1924, Sir John Fischer Williams y H. Lauterpacht (eds.), Causa No. 155, pág. 273.

*United States ex rel. Schachter v. Curran, Commissioner of Immigration*, Tribunal de Apelaciones de Secciones de los Estados Unidos, 21 de febrero de 1925, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1927-1926, Arnold D. McNair y H. Lauterpacht (eds.), Causa No. 213, págs. 286 y 287.

*Petition of Brooks*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito de Massachusetts, 28 de abril de 1925, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1927-1928, Arnold D. McNair y H. Lauterpacht (eds.), Causa No. 232, pág. 340.

*Engel et al. v. Zurbrick, District Director of Immigration*, Tribunal de Apelaciones de Secciones de los Estados Unidos, Sección Sexta, 30 de junio de 1931, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1931-1932, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 152, págs. 287 a 289.



- United States Ex Rel. Stapf v. Corsi, Commissioner of Immigration*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 7 de noviembre de 1932, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1931-1932, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 153, págs. 289 y 290.
- Nicoli v. Briggs*, Tribunal de Apelaciones de Secciones de los Estados Unidos, Sección Décima, 7 de abril de 1936, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1935-1937, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 162, págs. 344 y 345.
- United States Ex Rel. Fortmueller v. Commissioner of Immigration, Ellis Island, New York Harbour*, Tribunal de Distrito, Distrito Sur de Nueva York, 21 de marzo de 1936, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1935-1937, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 159, págs. 338 a 340.
- United States Ex Rel. Hudak v. Uhl*, Tribunal de Distrito, Distrito Norte de Nueva York, 1º de septiembre de 1937, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, years 1935-1937, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 161, págs. 342 a 344.
- United States Ex Rel. Zapágs. et al. v. District Director of Immigration and Naturalization*, Tribunal de Apelaciones de Secciones, Sección Segunda, 6 de junio de 1941, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1941-1942, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 91, págs. 304 a 308.
- United States Ex Rel. Janivaris v. Nicolls*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito de Massachusetts, 20 de octubre de 1942, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1941-1942, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 95, págs. 316 a 318.
- Moraitis v. Delany, Acting Director of Immigration, Delany v. Moraitis*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito de Maryland, 28 de agosto de 1942, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1941-1942, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 96, págs. 318 a 326.
- United States ex rel. Schlueter v. Watkins*, Tribunal de Distrito, Distrito Norte de Nueva York, 67 F. Supp. 556, 6 de agosto de 1946, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1946, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 100, págs. 233 y 234.
- United States Ex Rel. Schlueter v. Watkins*, Tribunal de Apelaciones de Secciones, Sección Segunda, 31 de diciembre de 1946, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1946, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 100, págs. 233 y 234.
- Ex Parte Zenzo Arakawa: Zenzo Arakawa v. Clark*, Tribunal de Distrito del Distrito Este de Pennsylvania, 4 de junio de 1947, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1948, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 164, págs. 508 a 512.
- United States Ex Rel. Kessler v. Watkins*, Tribunal de Apelaciones de Secciones de los Estados Unidos, Sección Segunda, 24 de julio de 1947, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1947, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 8, págs. 18 y 19.
- United States ex rel. Kaloudis v. Shaughnessy*, Tribunal de Apelaciones de la Sección Segunda, 20 de febrero de 1950, *International Law Reports*, 1950, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 75, págs. 250 a 252.

- Wong Yang Sung v. McGrath, Attorney-General, et al.*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 20 de febrero de 1950, *International Law Reports*, 1950, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 76, págs. 252 a 256.
- Kwong Hai Chew v. Colding et al.*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 9 de febrero de 1953, 345 U. S. 229; 97 L.Ed. 972; 73 Sup. Ct. 603, *International Law Reports*, 1953, H. Lauterpacht (ed.), págs. 343 a 357.
- Harisiades v. Shaughnessy*, Tribunal de Distrito, Distrito Sur de Nueva York, 9 de febrero de 1950 *International Law Reports*, 1952, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 69, págs. 345 a 350.
- Harisiades v. Shaughnessy*, Tribunal de Apelaciones de la Sección Segunda, 6 de febrero de 1951 *International Law Reports*, 1952, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 69, págs. 345 a 350.
- Harisiades v. Shaughnessy*, Tribunal Supremo, 10 de marzo de 1952, *International Law Reports*, 1952, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 69, págs. 345 a 350.
- United States Ex Rel Watts v. Shaughnessy*, Tribunal de Distrito, Distrito Sur de Nueva York, 18 de septiembre de 1952, *International Law Reports*, 1952, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 71, págs. 352 a 358.
- United States ex rel. Dolenz v. Shaughnessy*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Sección Segunda, 11 de agosto de 1953, *International Law Reports*, 1953, H. Lauterpacht (ed.), págs. 330 a 333.
- Galvan v. Press, Officer in Charge, Immigration and Naturalization Service*, Tribunal de Apelaciones de Secciones de los Estados Unidos, Sección Novena, 9 de enero de 1953, *International Law Reports*, 1954, H. Lauterpacht (ed.), págs. 213 a 218.
- Kwong Hai Chew v. Colding et al.*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 9 de febrero de 1953, *International Law Reports*, 1953, H. Lauterpacht (ed.), págs. 343 a 357.
- Shaughnessy v. Mezei*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 16 de marzo de 1953, 345 U.S. 206.
- United States ex rel. Accardi v. Shaughnessy*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Sección Segunda, 11 de agosto de 1953, *International Law Reports*, 1953, H. Lauterpacht (ed.), págs. 357 a 363.
- United States ex rel. Accardi v. Shaughnessy*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 15 de marzo de 1954, *International Law Reports*, 1953, H. Lauterpacht (ed.), págs. 357 a 363.
- Galvan v. Press, Officer in Charge, Immigration and Naturalization Service*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 24 de mayo de 1954, *International Law Reports*, 1954, H. Lauterpacht (ed.), págs. 213 a 218.
- Application of Galvan*, Tribunal de Distrito, Distrito Sur de California, 30 de diciembre de 1954, *International Law Reports*, 1954, H. Lauterpacht (ed.), págs. 218 y 219.
- United States Ex Rel. Tom Man v. Shaughnessy*, Tribunal de Distrito, Distrito Sur de Nueva York, 16 de mayo de 1956, *International Law Reports*, 1956, H. Lauterpacht (ed.), págs. 397 a 401.

- United States ex rel. Tie Sing Eng v. Murff, District Director, INS*, Tribunal de Distrito, Distrito Sur de Nueva York, 6 de octubre de 1958, 165 F. Sup. 633, afirmado *per curium*, 266 F.2d 957 (2d Cir. 1959), *certiorari* denegado, 361 U.S. 840, 4 L.Ed. 2d 79, 80 Sup. Ct. 73 (1959), *International Law Reports*, vol. 26, 1958-II, E. Lauterpacht (ed.), págs. 509 a 512.
- United States Ex Rel. Tom Man v. Murff, District Director*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Sección Segunda, 3 de marzo de 1959, *International Law Reports*, vol. 28, E. Lauterpacht (ed.), págs. 93 a 95.
- Rogers, Attorney General v. Cheng Fu Sheng et al.*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Sección del Distrito de Columbia, 10 de junio de 1960, *International Law Reports*, vol. 31, E. Lauterpacht (ed.), págs. 349 a 352.
- Blazina v. Bouchard*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Sección Tercera, 2 de febrero de 1961, *International Law Reports*, vol. 32, E. Lauterpacht (ed.), págs. 243 a 246.
- Sovich v. Esperdy*, Tribunal de Distrito, Distrito Sur de Nueva York, Nueva York, 13 de julio de 1962, *International Law Reports*, vol. 34, E. Lauterpacht (ed.), págs. 128 a 131.
- Sovich v. Esperdy*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Sección Segunda, 15 de mayo de 1963, *International Law Reports*, vol. 34, E. Lauterpacht (ed.), págs. 128 a 131.
- Lee Wei Fang et al. v. Kennedy*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Sección del Distrito de Columbia, 25 de marzo de 1963, *International Law Reports*, vol. 34, E. Lauterpacht (ed.), págs. 21 a 26.
- Hitai v. Immigration and Naturalization Service*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Sección Segunda, 29 de marzo de 1965, *International Law Reports*, vol. 42, E. Lauterpacht (ed.), págs. 205 a 207.
- Kovac v. Immigration and Naturalization Service*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Sección Novena, 29 de enero de 1969, *International Law Reports*, vol. 53, E. Lauterpacht (ed.), págs. 532 a 536.
- Ngai Chi Lam v. Esperdy*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Sección Segunda, 411 F.2d 310, 4 de junio de 1969, *International Law Reports*, vol. 53, E. Lauterpacht (ed.), págs. 536 a 538.
- Menon v. Esperdy*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Sección Segunda, 30 de junio de 1969 *International Law Reports*, vol. 54, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 248 a 257.
- Chim Ming v. Marks, District Director, Immigration and Naturalization Service and Rogers, Secretary of State, Lim Yim Yim v. Marks, District Director, Immigration and Naturalization Service*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Sección Segunda, 8 de noviembre de 1974, *International Law Reports*, vol. 70, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 360 a 362.
- McMullen v. Immigration and Naturalization Service*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Sección Novena, 13 de octubre de 1981, *International Law Reports*, vol. 79, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 602 a 609.

*Haitian Refugee Center, an unincorporated, not-for-profit organization v. William French Smith*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Sección Quinta, 24 de mayo de 1982, 676 F.2d 1023.

*Immigration and Naturalization Service v. Stevic*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 5 de junio de 1984, 467 U.S. 407.

*Immigration and Naturalization Service, v. Cardoza-Fonseca*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 9 de marzo de 1987, *International Law Reports*, vol. 79, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood (eds.), págs. 610 a 641.

*Seyoum Faisa Joseph v. U.S. Immigration & Naturalization Service*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Sección Cuarta, 20 de mayo de 1993.

*Sale v. Haitian Centers Council, Inc.*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 21 de junio de 1993, 509 U.S. 155 (1993); *International Legal Materials*, vol. 32, págs. 1042 a 1057.

*Calcano-Martinez v. Immigration & Naturalization Service*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 25 de junio de 2001.

*Immigration and Naturalization Service v. St. Cyr*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 25 de junio de 2001, 533 U. S. 289.

*Kestutis Zadvydas, Petitioner, v Christine G. Davis and Immigration and Naturalization Service v. Kim Ho ma*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 28 de junio de 2001.

*Demore v. Kim*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 529 de abril de 2003, 38 U.S. 510.

*Leocal v. Ashcroft, Attorney General, et al.*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Sección Decimoprimera, 9 de noviembre de 2004.

*Seattle, Immigration and Customs Enforcement, et al. v. Martinez*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 12 de enero de 2005.

*Jama v. Immigration and Customs Enforcement*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 12 de enero de 2005.

#### **Venezuela (República Bolivariana de)**

*In re Krupnova*, Corte Federal y de Casación, 27 de junio de 1941, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1941-1942, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 92, pág. 309.

#### **Zimbabwe**

*Mackeson v. Minister of Information, Immigration and Tourism and Another*, Zimbabwe Rhodesia, Tribunal Supremo, Sala General, 21 de noviembre de 1979, *International Law Reports*, vol. 88, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood, A.G. Oppenheimer (eds.), págs. 246 a 259.

*Mackeson v. Minister of Information, Immigration and Tourism and Another*, Zimbabwe, Tribunal Supremo de Rhodesia del Sur, Sala de Apelaciones, 29 de febrero de 1980, *International Law Reports*, vol. 88, E. Lauterpacht, C.J. Greenwood, A.G. Oppenheimer (eds.), págs. 246 a 259.

**Otros**

*Papadimitriou v. Inspector-General of Police and Prisons and Another*, Tribunal Supremo de Palestina actuando como Corte Superior de Justicia, 3 de agosto de 1944, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1943-1945, H. Lauterpacht (ed.), Causa No. 68, págs. 231 a 235.

**VII. Instituciones académicas****A. American Society of International Law**

“Admission and restrictions upon the admission of aliens”, discurso de Charles Earl, *American Society of International Law Proceedings*, vol. 5, 1911, págs. 66 a 87.

“The expulsion of aliens”, discurso del Decano Charles Noble Gregory, *American Society of International Law Proceedings*, vol. 5, 1911, págs. 119 a 139.

“The expulsion of aliens”, discurso de Frederick Van Dyne, *American Society of International Law Proceedings*, vol. 5, 1911, págs. 140 a 150.

“Responsibility of States for Damage done in their Territory to the Person or Property of Foreigners”, observaciones de Charles Evans Hughes, *American Society of International Law Proceedings*, vol. 22, 1928, pág. 86.

“Expulsion and expatriation in international law: the right to leave, to stay and to return”, Observaciones de Yash P. Ghai, Lung-Chu Chen, Valerie Chaldize, Hussein A. Hassouna, y Sidney Liskofsky, *American Society of International Law Proceedings*, vol. 67, 1973, págs. 122 a 140.

“Human Rights and the Movement of Persons”, Observaciones de Ved P. Nanda, Luke T. Lee, David A. Martin, John M. Van Dyke, James A. R. Nafgizer, Richard O. Plender, y Richard B. Lillich, *American Society of International Law Proceedings*, vol. 78, 1984, págs. 339 a 358.

**B. Instituto de Derecho Internacional**

*Projet de Déclaration relative au droit d'expulsion des étrangers*, sesión de Lausana, 1888, resolución de 8 de septiembre de 1888.

*Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, sesión de Ginebra, 1892, resolución de 9 de septiembre de 1892.

Responsabilité internationale des Etats à raison de dommages causés sur leur territoire à la personne et aux biens des étrangers, *Annuaire de l'Institut de Droit international*, vol. 33-III, 1927, pág. 330.

Droit d'admission et d'expulsion des étrangers, Huitième Commission d'étude, extracto de las actas de las sesiones de 8 y 9 de septiembre de 1892, presididas por el Sr. M. Albéric Rolin, vicepresidente, *Annuaire de l'Institut de Droit international*, Douzième vol., 1892-1894, sesión de Ginebra, septiembre de 1892, págs. 184 a 226.

### C. Asociación de Derecho Internacional

Committee on the Legal Aspects of the Problem of Asylum, Report and draft conventions on diplomatic and territorial asylum, *Conference Report 1970*, págs. 45 a 61.

Committee on the Legal Aspects of the Problem of Asylum, Report and draft conventions on diplomatic and territorial asylum, *Conference Report 1972*, págs. 196 a 211.

Declaration of principles of international law on mass expulsion, 62ª conferencia de la ILA, Seúl, 24 a 30 de agosto de 1986, *Conference Report 1986*, págs. 13 a 18.

Committee on Refugee Procedures, International Report on refugee procedures, *Conference Report 1996*, págs. 116 a 147.

### D. Facultad de derecho de Harvard

Draft Convention on the International Responsibility of States for injuries to aliens, prepared by the Harvard Law School, reproducido en State Responsibility, primer informe de Roberto Ago, 1961, *Yearbook of the International Law Commission*, 1969, vol. II, A/CN.4/217, anexo VII, pág. 142.

## VIII. Organizaciones no gubernamentales

Amnistía Internacional, Human Rights Watch y Comisión Internacional de Juristas, *Reject rather than regulate*, 2 de diciembre de 2005. (Este documento puede consultarse en Internet en <http://hrw.org/backgrounder/eca/eu1205/>)

Human Rights Watch, *Iraq: Forcible expulsion of ethnic minorities*, *Human Rights Watch*, vol. 15, No. 3(E), marzo de 2003.

Human Rights Watch, Comisión Internacional de Juristas, Comisión Católica Internacional de Migración y Oficina Cuáquera ante las Naciones Unidas, *The rights of non-citizens. Joint Statement addressed to the Committee on the Elimination of Racial Discrimination*, Ginebra, 1º de marzo de 2004.

Human Rights Watch, *Report to the Canadian Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar* (informe presentado por Wendy Patten), 7 de junio de 2005.

Human Rights Watch, *Empty Promises: Diplomatic Assurances no Safeguard against Torture*, vol. 16, No. 4(D), abril de 2004.

Human Rights Watch, *Still at Risk: Diplomatic Assurances No Safeguard Against Torture*, vol. 17, No. 4(D), abril de 2005.

## IX. Publicaciones

### A. Libros

#### A

Abdel Rahman, Gaber Gad, *De l'expulsion des étrangers*, El Cairo, Imp. Université Fouad 1er, 1946.

Agrawala, S. K., *International Law Indian Courts and Legislature*, Bombay, N.M. Tripathi Private Ltd., 1965.

Aleinikoff, Alexander T. y V. Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003.

Amerasinghe, Chittaranjan Felix, *State Responsibility for Injuries to Aliens*, Londres, Oxford University Press, Clarendon Press, 1967.

#### B

Bassiouni, Cherif, *Legal responses to international terrorism: U.S. procedural aspects*, International studies on terrorism, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1988.

Bès de Berc, Emmanuel, *De l'Expulsion des Étrangers*, París, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence (Arthur Rousseau, editor), 1888.

Borchard, Edwin M., *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, Nueva York, The Banks Law Publishing Co., 1915.

Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 6ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2003.

Buschbeck, Konrad, *Verschleierte Auslieferung durch Ausweisung. Ein Beitrag zur Abgrenzung von Auslieferungsrecht und Fremdenpolizeirecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1973.

#### C

Castles, Stephen y M. J. Miller, *The Age of Migration*, 2ª ed., The Guilford Press, Nueva York, 1993-1998.

Cheng, Bin, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1987.

Chueca Sancho, Angel G., *La expulsión de extranjeros en la Convención Europea de Derechos Humanos*, Zaragoza, Egido, 1998.

Combacau, Jean y Serge Sur, *Droit International Public*, 6ª ed., París, Montchrestien, 2004.

Creydt, Oscar À., *El Derecho de Expulsión. Ante el Derecho Internacional, Constitucional, Administrativo y Penal*, Asunción, Talleres Nacional H. Kraus S.A., 1927.

**D**

- Dailler, Patrick y Alain Pellet, *Droit international public*, París, L.G.D.J., 1999.
- De Lapradelle, Albert y Jean Paulin Niboyet, *Répertoire de Droit International*, vol. 8, París, 1930.
- De Visscher, Charles, *Theory and Reality in Public International Law*, (traducido por P.E. Corbet), ed. rev., New Jersey, Princeton University Press, 1968.
- Delbez, Louis, *Les Principes Généraux du Droit International Public; Droit de la Paix, Droit Préventif de la Guerre, Droit de la Guerre*, 3ª ed., París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1964.
- Donner, Ruth, *The Regulation of Nationality in International Law*, 2ª ed., Nueva York, Transnational Publishers, Inc., 1994.

**E**

- Erdmann, Ulrich, *Europäisches Fremdenrecht (Dokumente)*, Frankfurt Am Main/Berlín, Alfred Metzner Verlag, 1969.
- Evans, J. M., *Immigration Law*, 2ª ed., Londres, Sweet and Maxwell, 1983.

**F**

- Fauchille, Paul, *Traité de Droit International Public*, tomo 1, París, Rousseau & C<sup>ie</sup>, Editeurs., 1922.
- Fröhlich, Stephan, *Niederlassungsrecht und Freizügigkeit in der EWG und EFTA*, Zurich, Polygraphischer Verlag, 1965.

**G**

- García-Amador, Francisco V., *The Changing Law of International Claims*, vol. I, Nueva York, Oceana Publications, 1984.
- García-Amador, Francisco V., L. B. Sohn y R. R. Baxter, *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, Nueva York, Oceana Publications, 1974.
- Goodwin-Gill, Guy S., *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978.
- Goodwin-Gill, Guy S., *The Refugee in International Law*, 2ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1996.
- Grahl-Madsen, Atle, *The Status of Refugees in International Law; Asylum, Entry and Sojourn*, vol. II, Leiden, A. W. Sijthoff, 1972.
- Grant, Lawrence e Ian Martin, *Immigration Law and Practice*, Londres, The Cobden Trust, 1982.
- Groenendijk, Kees, Elspeth Guild y H. Dogan, *Security of Residence of Long-Term Migrants – A Comparative Study of Law and Practice in European Countries*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1998.
- Guild, Elspeth y Paul Minderhoud (eds), *Security of Residence and Expulsion: Protection of Aliens in Europe*, Kluwer Law International, La Haya, 2001.



**H**

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

Henckaerts, Jean-Marie y L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. I – Rules, Cambridge, University Press, 2005 (preparado en el Comité Internacional de la Cruz Roja).

Henckaerts, Jean-Marie, *Mass Expulsion in Modern International Law and Practice*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

Higgins, Rosalyn y Maurice Flory (eds.), *Terrorism and International Law*, Londres, Florencia, KY Routledge, 1997.

**J**

Jennings, Robert y A. Watts, *Oppenheim's International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (Introducción y parte 1), 1996.

Jennings, Robert y A. Watts, *Oppenheim's International Law*, 9ª ed., vol. I – Peace (partes 2 a 4), 1996.

**K**

Kammermann, Iwan Walter, *Die Fremdenpolizeiliche Ausweisung von Ausländern aus der Schweiz*, Lungern, Burch & Cie., 1948.

Kolb, Robert, *La bonne foi en droit international public; Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, 1ª ed., París, Presses Universitaires de France, 2000.

Konvitz, Milton R., *Civil Rights in Immigration*, Ithaca, Nueva York, Cornell University Press, 1953.

**L**

Lambert, Hélène, *The Position of Aliens in Relation to the European Convention on Human Rights (La situation des étrangers au regard de la Convention Européenne des Droits de l'Homme)*, Human Rights Files, No. 8, 2ª ed. rev., Council of Europe Publishing, 2001.

Lauterpacht, Hersch (ed.), *The Development of International Law by the International Court*, Londres, Stevens & Sons Limited, 1958.

Lauterpacht, Hersch (ed.), *The Function of Law in the International Community*, Oxford, Clarendon Press, 1933.

**M**

McDonald, Ian A. y F. Webber, *Macdonald's Immigration Law & Practice*, 6ª ed., Butterworths Law, 2005.

McKean, Warwick, *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford Clarendon Press, 1983.

McKenzie, Norman, *The Legal Status of Aliens in Pacific Countries; An International Survey of Law and Practice concerning Immigration, Naturalization and Deportation of Aliens and Their Legal Rights and Disabilities*, Oxford, University Press, 1937.

Morales Trinidad, Luis Samuel, *Expulsión de Extranjeros y Extradición* (Tesis), México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1966.

Mutharika, Peter A., *The Regulation of Statelessness under International and National Law*, Nueva York, Oceana Publications, Inc., 1989.

## N

Nowak, Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary*, Kehl am Rhein, N.P. Engel Publisher, 1993.

## O

O'Connell, D. P., *International Law*, vol. 2, 2ª ed., Londres, Stevens & Sons, 1970.

Oppenheim, Lassa Francis Lawrence, *International Law: A Treatise* (editado por H. Lauterpacht), vol. II – Disputes, War and Neutrality, 7ª ed., Londres, Longmans, Green and Co. Ltd., 1952.

Oppenheim, Lassa Francis Lawrence, *International Law: A Treatise* (editado por H. Lauterpacht), vol. I – Peace, 8ª ed., Londres, Longmans, Green and Co., 1955.

## P

Pellonpää, Matti, *Expulsion in International Law; A Study in International Aliens Law and Human Rights with Special Reference to Finland*, Helsinki, Suomalainen Tiedeakatemia, 1984.

Pictet, Jean S. (ed.), *Commentary. IV Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1958.

Plender, Richard, *International Migration Law*, 2ª ed. rev., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988.

## R

Robinson, Nehemiah, *Convention Relating to the Status of Refugees. Its History, Contents and Interpretation*, Institute of Jewish Affairs, World Jewish Congress, 1953 (reimpreso en 1997 por la División de Protección Internacional del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados).

Roth, Andreas Hans, *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, Tesis, Université de Genève/Institut universitaire de hautes études internationales, La Haya, A. W. Sihthoff's Uitgeversmaatschappij N.V., 1949.

Rousseau, Charles, *Droit International Public; Les compétences*, tomo 3, París, Sirey, 1977.

**S**

- Sandoz, Yves C. Swinarski y B. Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, Martinus Nijhoff Publishers, 1987.
- Scelle, Georges, *Précis de Droit des Gens. Principes et Systématique*, 2ª parte, París, 1934.
- Schwarzenberger, Georg, *International Law and Order*, Londres, Stevens & Sons, 1971.
- Shearer, Ivan Anthony, *Extradition in International Law*, Manchester, University Press, 1971.
- Sibert, Marcel, *Traité de Droit International Public*, primer tomo, París, 1951.
- Sik, Ko Swan, *Nationality and International Law in Asian Perspective*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1990.
- Sinha, A. N., *Law of Citizenship and Aliens in India*, Bombay, Asia Publishing House, 1962.
- Sohn, Louis B. y T. Buergenthal (eds.), *The Movement of Persons across Borders*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, D.C., American Society of International Law, 1992.
- Stenberg, Gunnel, *Non – expulsion and Non – refoulement: The Prohibition against Removal of Refugees with Special Reference to Articles 32 and 33 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*, Uppsala, Iustus Forlag, 1989.

**T**

- Trautvetter, Peter Martin, *Die Ausweisung von Ausländern durch den Richter im schweizerischen Recht*, Winterthur, Verlag P. G. Keller, 1957.

**W**

- Wasserman, Jack, *Immigration Law and Practice*, 3ª ed., Nueva York, The American Law Institute, 1979.
- Weis, Paul, *Nationality and Statelessness in International Law*, 2ª ed., Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1979.

**Z**

- Zoller, Elisabeth, *La Bonne Foi en Droit International Public*, No. 28, París, Editions A. Pedone, 1977.

**B. Artículos****A**

- Abel, Paul, “Denationalization”, *Modern Law Review*, vol. 6, 1942, págs. 57 a 68.
- Achermann, Alberto y Mario Gattiker, “Safe third countries: European developments”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 7, 1995, págs. 19 a 38.

- Aleinikoff, Alexander T., "Illustration of Multilateral, Regional and Bilateral Cooperative Arrangements in the Management of Migration", en Alexander T. Aleinikoff y V. Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003, págs. 305 a 333.
- Aleinikoff, Alexander T., "International Legal Norms and Migration: A Report" en Alexander T. Aleinikoff, y V. Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003, págs. 1 a 27.
- Aleinikoff, Alexander T., "Theories of Loss of Citizenship", *Michigan Law Review*, vol. 84, 1986, págs. 1471 a 1503.
- Alleweldt, R. "Protection Against Expulsion under Article 3 of the European Convention on Human Rights", *European Journal of International Law*, vol. 4, No. 3, 1993, págs. 360 a 376.
- Anderson, Kenneth M. (ed.), "Constitutional restraints on the expulsion and exclusion of aliens" (nota editorial), *Minnesota Law Review*, vol. 37, 1952-1953, págs. 440 a 458.
- Ansary, Tugrul, "Legal Problems of Migrant Workers", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, tomo 156, 1977-III, págs. 7 a 77.
- Arnold, Rainer, "Aliens", en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 102 a 107.
- Austin, Tracy, "Current Development. The Nigerian Expulsion Order", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 21, 1982-1983, págs. 641 a 644.

## B

- Barberis, Julio A., "Asylum, Diplomatic", en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1985, págs. 281 a 283.
- Barcher, Ann C., "First asylum in Southeast Asia: customary norm or ephemeral concept?", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 24, 1991-1992, págs. 1253 a 1286.
- Bassan, Daniela, "The Canadian Charter and public international law: redefining the State's power to deport aliens", *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 34, 1996, págs. 583 a 625.
- Beattie, Chester S. Jr, "The 1980 Lei do Estrangeiro: the return of traditional defenses against expulsion in Brazilian immigration law?", *Texas International Law Journal*, vol. 18, 1983, págs. 151 a 173.
- Bendermacher-Geroussis, Emile y Alexandre Bendermacher-Geroussis, "Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans l'expulsion et l'extradition des étrangers", *Revue Hellénique de Droit International*, 38° y 39°, 1985-1986, págs. 375 a 388.
- Bertinetto, G., "International Regulations on Illegal Migration", *International Migration*, vol. XXI, No. 2, 1983, págs. 189 a 203.

- Boed, Roman, "The state of the right of asylum in international law", *Duke Journal Comparative and International Law*, vol. 5, 1994-1995, págs. 1 a 33.
- Bonee, John L. III., "Caesar Augustus and the Flight of the Asians: the International Legal Implications of the Asian Expulsion from Uganda during 1972", *International Lawyer*, vol. 8, No. 1, 1974, págs. 136 a 159.
- Boudin, Leonard B., "Involuntary Loss of American Nationality", *Harvard Law Review*, vol. 73, 1960, págs. 1510 a 1531.
- Brownlie, Ian, "The Relations of Nationality in Public International Law", *British Year Book of International Law*, vol. 39, 1963, págs. 284 a 364.
- Bruin, Rene and Kees Wouters, "Terrorism and the Non-derogability of Non-refoulement", *International Journal of Refugee Law*, vol. 15, 2003, págs. 5 a 29.

## C

- Caffrey, Thomas, "Resident aliens and due process: anatomy of a deportation" (Note), *Villanova Law Review*, vol. 8, 1963, págs. 566 a 628.
- Campiglio, Cristina, "Espulsione e diritti dell'uomo. A proposito dell'art. 1 del protocollo n. 7 addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo", *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 68, 1985, págs. 64 a 84.
- Catzeflis, Edouard, "De quelques aspects de l'expulsion", *Revue Égyptienne de Droit International*, vol. 2, 1946, págs. 55 a 72.
- Chhangani, R.C., "Expulsion of Benin Nationals and International Law", *Indian Journal of International Law*, vol. 20, 1980, págs. 149 a 154.
- Chhangani, R.C., "Notes and Comments. Expulsion of Uganda Asians and International Law", *Indian Journal of International Law*, vol. 12, 1972, págs. 400 a 408.
- Chlebny, Jacek y Trojan Wojciech, "The refugee status determination procedure in Poland", *International Journal of Refugee Law*, vol. 12, No. 2, 2000, págs. 212 a 234.
- Cholewinski, Ryszard, "Strasbourg's 'Hidden Agenda'?: the protection of second-generation migrants from expulsion under Article 8 of the European Convention on Human Rights", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 12, No. 3, 1994, págs. 287 a 306.
- Clark, Tom, "Human rights and expulsion: giving content to the concept of asylum", *International Journal of Refugee Law*, vol. 4, 1992, No. 2, págs. 189 a 204.
- Clark, Tom, Sharryn Aiken, Barbara Jackman y David Matas, "International human rights law and legal remedies in expulsion: progress and some remaining problems with special reference to Canada", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 1997, vol. 15, No. 4, págs. 429 a 455.
- Cleveland, Sarah H., "Legal status and rights of undocumented workers. Advisory opinion OC-18/03 [...]. Inter-American Court of Human Rights, september 17, 2003", *American Journal of International Law*, vol. 99, No. 2, 2005, págs. 460 a 465.

- Coles, Gervase J.L., "The human rights of individuals who are not nationals of the country in which they live", *Yearbook*, International Institute of Humanitarian Law, 1985, págs. 126 a 153.
- Cook, Melissa, "Banished for minor crimes: the aggravated felony provision of the Immigration and Nationality Act as a human rights violation", *Boston College Third World Law Journal*, vol. 23, 2003, págs. 293 a 329.
- Corouge, Elise, "Expulsion des étrangers et article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme", *Revue Française de droit administratif*, 1997, págs. 318 a 321.
- Cove, Ruth L., "State responsibility for constructive wrongful expulsion of foreign nationals", *Fordham International Law Journal*, vol. 11, 1987-1988, págs. 802 a 838.
- Crook, John R., "Applicable law in international arbitration: The Iran-U.S. Claims Tribunal experience", *American Journal of International Law*, vol. 83, 1989, págs. 278 a 311.
- Crouzatier, Jean-Marie, "L'entrée et l'expulsion des étrangers en Grande-Bretagne", *L'Actualité Juridique Droit Administratif*, mayo de 1978, págs. 248 a 256.

## D

- Daw, Rowena, "Political Rights of Women: A Study of the International Protection of Human Rights", *Malaya Law Review*, vol. 12, 1970, págs. 308 a 336.
- De Boeck, Charles, "L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 18, 1927-III, págs. 447 a 646.
- De Zayas, Alfred-Maurice, "International Law and Mass Population Transfers", *Harvard International Law Journal*, vol. 16, 1975, págs. 207 a 258.
- De Zayas, Alfred-Maurice, "Population, Expulsion and Transfer", en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 3, 1997, págs. 1062 a 1068.
- De Zayas, Alfred-Maurice, "The Right to One's Homeland, Ethnic Cleansing, and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", *Criminal Law Forum: An International Journal*, vol. 6, No. 2, 1995, págs. 257 a 314.
- Dietz, John P., "Deportation in the United States, Great Britain and international law", *International Lawyer*, vol. 7, No. 2, 1973, págs. 326 a 356.
- Distel, Michel, "Expulsion des étrangers, droit communautaire et respect des droits de la défense", *Recueil Dalloz Sirey*, 1977, 22º cuaderno, crónica, págs. 165 a 172.
- Doehring, Karl, "Aliens, Expulsion and Deportation", en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, 1990, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 109 a 112.
- Doehring, Karl, "Die Rechtsnatur der Massenausweisung unter besonderer Berücksichtigung der indirekten Ausweisung", *Zeitschrift fuer auslaendisches oeffentliches Recht und Voelkerrecht*, vol. 45, 1985, págs. 372 a 388.

- Doehring, Karl, “Die Rechtsnatur der Massenausweisung unter besonderer Berücksichtigung der indirekten Ausweisung”, *Zeitschrift fuer auslaendisches oeffentliches Recht und Voelkerrecht (ZaöRV)*, 1985, vol. 45, págs. 372 a 389.
- Druésne, Gérard, “La réserve d’ordre public de l’article 48 du traité de Rome. Interprétation communautaire et implications en droit français”, *Revue trimestrielle de droit européen*, 12º año, No. 1, 1976, págs. 229 a 258.
- Dupuis, Charles, “Règles générales du droit de la paix”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, vol. 32, 1930-II, págs. 5 a 290.

## E

- Eckart, Klein, “South African Bantustan Policy”, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 4, 2001, págs. 477 a 480.
- Einarsen, Terje, “Discrimination and Consequences for the Position of Aliens”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 64, 1995, págs. 429 a 452.
- Einarsen, Terje, “The European Convention on Human Rights and the Notion of an Implied Right to de facto Asylum”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 2, 1990, págs. 361 a 389.
- Evans, A.C., “The Political Status of Aliens in International Law, Municipal Law and European Community Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 30, 1981, págs. 20 a 41.
- Evans, Alona E., “Reflections upon the political offense in international practice”, *American Journal of International Law*, vol. 57, 1963, págs. 1 a 24.

## F

- Fabbricotti, Alberta, “The concept of inhuman or degrading treatment in international law and its application in asylum cases”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 10, 1998, págs. 637 a 661.
- Feller, Erika, Volker Türk y Frances Nicholson (eds.), “Summary conclusions: The principle of *non-refoulement*, Expert roundtable”, en *Refugee protection en international law: UNHCR’s Global Consultations on International Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, UNHCR, 2003, págs. 178 a 179.
- Finkel, Gérard, “L’expulsion des étrangers et le juge administratif en droit français”, *L’Actualité Juridique Droit Administratif, Revue mensuelle*, 1978, págs. 257 a 267.
- Fisher, David, S. Martin y A. Schoenholtz, “Migration and Security in International Law” en Alexander T. Aleinikoff y V. Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003, págs. 87 a 120.
- Fitzmaurice, Gerald G., “The Law and Procedure of the International Court of Justice: General Principles and Substantive Law”, *British Year Book of International Law*, vol. 27, 1950, págs. 1 a 41.
- Fitzmaurice, Gerald G., “The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1954-9: General Principles and Sources of International Law”, *British Year Book of International Law*, vol. 35, 1959, págs. 183 a 231.

- Fitzpatrick, Joan, "The Human Rights of Migrants" en Aleinikoff, T. Alexander y V. Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003, págs. 169 a 184.
- Fong, Chooi, "Some Legal Aspects of the Search for Admission into other States of Persons Leaving the Indo-Chinese Peninsula in Small Boats", *British Year Book of International Law*, Oxford, University Press, vol. 52, 1982, págs. 53 a 108.
- François, J.P.A., "Règles générales du droit de la paix", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 66, 1938-IV, págs. 5 a 289.

## G

- Gaja, Giorgio, "Expulsion of Aliens: Some Old and New Issues in International Law", *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. 3, 1999, págs. 283 a 314.
- Garcia, Michael John, "Renditions: Constraints Imposed by Laws on Torture", USA Congressional Research Service Reports for Congress on General National Security Topics, The Library of Congress, RL32890, 5 de julio de 2005, págs. 1 a 24.
- García-Amador, F. V., "Calvo Doctrine, Calvo Clause", en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 521 a 523.
- Ghai, Yash P., "Expulsion and Expatriation in International Law: The Right to Leave, to Stay, and to Return", *American Society of International Law Proceedings*, vol. 67, 1973, págs. 122 a 126.
- Goodwin-Gill, Guy S., "AIDS and HIV, Migrants and Refugees: International Legal and Human Rights Dimensions", en Haour-Knipe, Mary y Rector, Richard (eds.), *Crossing Borders: Migration, Ethnicity and AIDS*, Londres/Bristol, Taylor & Francis, 1996, págs. 50 a 69.
- Goodwin-Gill, Guy S., "Diplomatic Assurances and Deportation", *JUSTICE/Sweet & Maxwell Conference on Counter-terrorism and Human Rights*, 28 de junio de 2005.
- Goodwin-Gill, Guy S., "Mass Expulsion: Response and Responsibility", 1984. (No publicado).
- Goodwin-Gill, Guy S., "Mass Expulsion: The Legal Aspects", 1984. (No publicado).
- Goodwin-Gill, Guy S., "Migration: International Law and Human Rights", en Bimal Ghosh (ed.), *Managing Migration*, Oxford University Press, 2000, págs. 160 a 189.
- Goodwin-Gill, Guy S., "State Responsibility and the 'Good Faith' Obligation in International Law", en Malgosia Fitzmaurice y Dan Sarooshi, (eds.), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, vol. 7, Oxford and Portland Oregon, HART Publishing, 2004, págs. 75 a 104.
- Goodwin-Gill, Guy S., "The limits of the power of expulsion in public international law", *British Year Book of International Law*, vol. 47, 1974-1975, págs. 55 a 156.
- Gorligk, Brian, "The Convention and the Committee against Torture: A Complementary Protection Regime for Refugees", *International Journal of Refugee Law*, vol. 11, 1999, págs. 479 a 495.



- Grahl-Madsen, Atle, "Expulsion of Refugees", *Nordisk Tidsskrift for International Ret*, vol. 33, 1963, págs. 41 a 50.
- Grahl-Madsen, Atle, "Territorial Asylum", 1985, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 283 a 287.
- Gregory, Charles Earl, "A question of international law in the deportation of aliens", *Juridical Review*, vol. 18, 1906-1907, págs. 121 a 131.
- Griffin, Martin W., "Colonial expulsion of aliens", *American Law Review*, vol. 33, 1899, págs. 90 a 96.

## H

- Hackley, Summer L., "Sea interdictions: are aliens apprehended on the high seas entitled to protections afforded by the Immigration and Nationality Act?", *ILSA Journal of International and Comparative Law*, vol. 6, 1999, págs. 143 a 156.
- Hailbronner, Kay, "Nationality" en T. Alexander Aleinikoff y V. Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003, págs. 75 a 85.
- Hailbronner, Kay, "Non-Refoulement and 'Humanitarian' Refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking?", *Virginia Journal of International Law*, vol. 26, 1985-1986, págs. 857 a 896.
- Haney, William, "Deportation and the Right to Counsel", *Harvard International Law Journal*, vol. 11, 1970, págs. 177 a 190.
- Hassan, Parvez, "The Word 'Arbitrary' As Used In The Universal Declaration Of Human Rights: 'Illegal' or 'Unjust'?", *Harvard International Law Journal*, vol. 10, 1969, págs. 225 a 262.
- Helton, Arthur C., Anne Bayefsky, Louis Henkin y Oscar Schachter, "Protecting the World's Exiles: The Human Rights of Non-Citizens", *Human Rights Quarterly*, vol. 22, 2000, págs. 280 a 297.
- Henckaerts, Jean-Marie, "Deportation and Transfer of Civilians in Time of War", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 26, 1993-1994, págs. 469 a 519.
- Henckaerts, Jean-Marie, "The Current Status and Content of the Prohibition of Mass Expulsion of Aliens", *Human Rights Law Journal*, vol. 15, No. 8-10, 30 de noviembre de 1994, págs. 301 a 317.
- Hershey, Amos S., "Treatment of enemy aliens" (Editorial Comment), *American Journal of International Law*, vol. 12, 1918, págs. 156 a 162.
- Higgins, Rosalyn y otros, "Expulsion and Expatriation in International Law: The Right to Leave, to Stay and to Return: A Panel", *American Society of International Law Proceedings*, vol. 67, 1973, págs. 122 a 140.
- Hofmann, Rainer, "Denationalization and forced exile", 1991, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 1001 a 1007.
- Huston, John, "Human Rights Enforcement Issues of the United Nations Conference on International Organization", *Iowa Law Review*, vol. 53, 1967-1968, págs. 272 a 290.

**I**

Iluyomade, B. O., “The Scope and Content of a Complaint of Abuse of Right in International Law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 16, No. 1, 1975, págs. 47 a 92.

Irizarry y Puente, J., “Exclusion and expulsion of aliens in Latin America”, *American Journal of International Law*, vol. 36, 1942, págs. 252 a 270.

**J**

Jackson, Ivor C., “The 1951 Convention relating to the Status of Refugees: a Universal Basis for Protection”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 3, 1991, págs. 403 a 413.

Jaffe, Leonard R. (ed.), “The Right to an Interpreter”: Nota, *The Rutgers Law Review*, vol. 25, 1970-1971, págs.145 a 171.

Jahn, Eberhard, “Migration Movements”, 1985, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 3, 1997, págs. 369 a 371.

Jahn, Eberhard, “Refugees”, 1997, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 4, 2001, págs. 72 a 76.

Jastram, Kate, “Family Unity” en Aleinikoff, T. Alexander y V. Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003, págs. 185 a 201.

Jennings, Robert Y., “General Course on Principles of International Law”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, tomo 121, 1967-II, págs. 321 a 605.

Jennings, Robert Y., “International Law”, 1984, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 2, 1995, págs. 1159 a 1178.

Jiménez de Aréchaga, Eduardo, “International Responsibility”, en Max Sørensen (ed.), *Manual of Public International Law*, Nueva York, St. Martin’s Press, 1968, págs. 553 a 557.

Jordanger, Dan J., “Notes, Alien Departure Control – A safeguard for Both the Exercise of Fundamental Human Rights and National Security”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 28, 1987-1988, págs. 159 a 193.

**K**

Kälin, Walter, “Limits to Expulsion under the International Covenant on Civil and Political Rights”, en Francesco Salerno (ed.), *Diritti dell’Uomo, Estradizione ed Espulsione*, CEDAM, Padua, Italia, 2003, págs. 143 a 164.

Kapferer, Sibylle, “Cancellation of Refugee Status”, *Legal and Protection Policy Research Series*, UNHCR Department of International Protection, Protection Policy and Legal Advice Section, marzo de 2003, págs. 1 a 45.

- Kapferer, Sibylle, "The Interface between Extradition and Asylum", *Legal and Protection Policy Research Series*, UNHCR Department of International Protection, Protection Policy and Legal Advice Section, de noviembre de 2003, págs. 1 a 112.
- Kirisci, Kemal, "The legal status of asylum seekers in Turkey: problems and prospects", *International Journal of Refugee Law*, vol. 3, 1991, págs. 510 a 528.
- Kiss, Alexandre, "Abuse of rights", 1984, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 4 a 8.
- Kobarg, Werner, "Ausweisung und Abweisung von Ausländern", *Internationalrechtliche Abhandlungen*, vol. 6, 1930, págs. 1 a 90.
- Kommers, Donald P., "Immigration", 1992, *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 2, 1995, págs. 940 a 943.
- Kotecha, K.C., "The Shortchanged: Uganda Citizenship Laws and How they were applied to its Asian Minority", *International Lawyer*, vol. 9, 1975, págs. 1 a 29.
- Krishna, Iyer V. R., "Mass Expulsion as Violation of Human Rights", *Indian Journal of International Law*, págs. 169 a 175.

## L

- Lambert, Hélène, "Protection Against Refoulement from Europe; Human Rights Law comes to the Rescue", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, 1999, págs. 515 a 544.
- Landis, J. M., "Deportation and Expulsion of Aliens", *Encyclopedia of the Social Sciences*, vol. 5, New York, 1948, págs. 95 a 98.
- Lauterpacht, Elihu (ed.) y Daniel Bethlehem, "The scope and content of the principle of *non-refoulement*: opinion", en Feller, Erika, Türk, Volker y Nicholson, Frances (eds.), *Refugee protection in international law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, United Nations High Commissioner for Refugees, 2003, págs. 87 a 177.
- Lebullenger, Joël, "À propos de l'expulsion des étrangers: les garanties de procédure administrative en droits français et communautaire", *Revue critique de droit international privé*, 1981, págs. 447 a 488.
- Leich, Marian Nash, "Aliens: Illegal Haitian Migrants" (U.S. Digest, Ch. 3, §3), *The American Journal of International Law*, vol. 76, 1982, págs. 374 a 377.
- Leich, Marian Nash, "Refugees: Illegal Haitian Migrants" (U.S. Digest, Ch. 3, §4), *The American Journal of International Law*, vol. 83, 1989, págs. 906 a 910.
- Leigh, Monroe, "Judicial Decisions, Haitian Refugee Center Inc. v. Gracey. 600 F. Supp. 1396. U.S. District Court, D.D.C., 10 de enero de 1985", *The American Journal of International Law*, vol. 79, 1985, págs. 744 a 746.
- Levin, Laurie A., "Deportation: procedural rights of reentering permanent resident aliens subjected to exclusion hearings", *Fordham Law Review*, vol. 51, 1983, págs. 1339 a 1359.

- Lillich, Richard B., “Duties of States Regarding the Civil Rights of Aliens”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, vol. 161, 1978-III, págs. 329 a 443.
- Lillich, Richard B., “The Current Status of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens”, *American Society of International Law Proceedings*, vol. 73, 1979, págs. 244 a 248.
- Lillich, Richard B., “The Problem of the Applicability of Existing International Provisions for the Protection of Human Rights to Individuals who are not Citizens of the Country in which They Live” (Editorial Comment), *American Journal of International Law*, vol. 70, 1976, págs. 507 a 510.

## M

- Malinverni, Giorgio, “I limiti all’espulsione secondo la Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo”, en Francesco Salerno (ed.), *Diritti Dell’Uomo, Estradizione ed Espulsione*, CEDAM, Padua, Italy, 2003, págs. 165 a 182.
- Mangoldt (Von), Hans, “Stateless persons”, 1998, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 4, 2001, págs. 656 a 660.
- Marsh, A. H., “Colonial expulsion of aliens: an answer”, *American Law Review*, vol. 33, 1899, págs. 246 a 253.
- Martin, David A., “The Authority and Responsibility of States”, en Aleinikoff, T. Alexander y V. Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003, págs. 31 a 45.
- Martin, Scott M., “Non-Refoulement of Refugees: United States Compliance with International Obligations”, *Immigration and Nationality Law Review*, vol. 7, 1983-1984, págs. 650 a 673.
- Martini, Al., “Decisions involving questions of international law: decisions concerning expulsion of foreigners from Brazil”, *American Journal of International Law*, vol. 3, 1909, págs. 496 a 505.
- McDermot, Niall (ed.), “Latin America – Expulsion, the Rights to Return, Passports”, *The Review: International Commission of Jurists*, No. 14, 1975, págs. 3 a 8.
- McDermot, Niall (ed.), “Loss of Nationality and Exile”, *The Review: International Commission of Jurists*, No. 12, 1974, págs. 22 a 27.
- McDougal, Myres S., Harold D. Lasswell y Lung-chu Chen, “Human Rights for Women and World Public Order: The Outlawing of Sex-Based Discrimination”, *American Journal of International Law*, vol. 69, 1975, págs. 497 a 533.
- McDougal, Myres S., Harold D. Lasswell y Lung-chu Chen, “The protection of aliens from discrimination and world public order: responsibility of states conjoined with human rights”, *American Journal of International Law*, vol. 70, 1976, págs. 432 a 469.
- McKean, Warwick. A., “The Meaning of Discrimination in International and Municipal Law”, *British Year Book of International Law*, vol. 44, 1970, págs. 177 a 192.
- Miyamoto, Maryam Kamali, “The First Amendment after *Reno v. American-Arab Anti-Discrimination Committee*: a different Bill of Rights for Aliens?”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 35, 2000, págs. 183 a 224.

- Money, Jeannette, "Human Rights Norms and Immigration Control", *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, vol. 3, 1998-1999, págs. 497 a 525.
- Moore, Jennifer, "Simple Justice: Humanitarian Law as a Defense against Deportation", *Harvard Human Rights Journal*, vol. 4, 1991, págs. 11 a 46.
- Morgenstern, Felice, "Extra-Territorial Asylum", *British Year Book of International Law*, vol. 25, 1948, págs. 236 a 261.
- Morgenstern, Felice, "The Right of Asylum", *British Year Book of International Law*, vol. 26, 1949, págs. 327 a 357.
- Mosler, Hermann, "The International Society as a Legal Community", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, tomo 140, 1976-IV, págs. 1 a 320.
- Mutharika, A. P. T., "Is there an Obligation under International Law not to Deport a Stateless Person?", *Eastern Africa Law Review*, vol. 2, Tanzania, Faculty of Law, University of East Africa, 1969, págs. 339 a 342.

## N

- Nafziger, James A.R. y Michael Yimesgen, "The effect of expungement on removability of non-citizens", *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 36, 2002-2003, págs. 915 a 950.
- Nafziger, James A.R., "The General Admission of Aliens under International Law", *American Journal of International Law*, vol. 77, 1983, págs. 804 a 847.
- Nafziger, James A.R., "The General Admission of Aliens under International Law", *Immigration and Nationality Law Review*, vol. 8, 1986, págs. 275 a 318.
- Nascimbene, Bruno, "Le garanzie nel procedimento di espulsione dello straniero", en Salerno, Francesco (ed.), *Diritti dell'Uomo, Estradizione ed Espulsione*, CEDAM, Padua, Italy, 2003, págs. 183 a 214.
- Neal, Valerie, "Slings and Arrows of Outrageous Fortune: the Deportation of 'Aggravated Felons'", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 36, 2003, págs. 1619 a 1655.
- Niboyet, J. P., "La Condition des étrangers", *Traité de droit international privé francais*, vol. 2, París, 1951, págs. 131 y 132.
- Njenga, F. Y., "The Role of the Untied Nations in the matter of Racial Discrimination", *Eastern Africa Law Review*, vol. 1, Tanzania, Faculty of Law, University of East Africa, 1968, págs. 136 a 157.
- Nogel, Randolph John, "Human Rights and Uganda's Expulsion of its Asian Minority", *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 3, 1973, págs. 107 a 115.

## O

- Oda, Shigeru, "Legal Status of Aliens", en Max Sørensen (dir.) *Manual of Public International Law*, New York, St. Martin's Press, 1968, págs. 481 a 495.
- Oda, Shigeru, "The Individual in International Law", en Max Sørensen (dir.), *Manual of Public International Law*, New York, St. Martin's Press, 1968, págs. 469 a 530.

**P**

- Pallaro, Paolo, "Sviluppi recenti nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo sui rapporti tra espulsione e rispetto della vita privata e familiare", *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1998, vol. 11, No. 2, págs. 453 a 462.
- Palmer, Stephanie, "AIDS, Expulsion and Article 3 of the European Convention on Human Rights", *European Human Rights Law Review*, vol. 5, 2005, págs. 533 a 540.
- Partsch, Karl Josef, "Discrimination Against Individuals and Groups", 1990, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 1079 a 1083.
- Partsch, Karl Josef, "Elimination of Racial Discrimination in the Enjoyment of Civil and Political Rights", *Texas International Law Journal*, vol. 14, 1979, págs. 191 a 250.
- Partsch, Karl Josef, "Racial and Religious Discrimination", en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 4, 2001, págs. 4 a 9.
- Pastore, F., "L'obbligo di riammissione in diritto internazionale: sviluppi recenti", *Rivista di diritto internazionale*, 1998, vol. 81, No. 4, págs. 968 a 1021.
- Pellonpää, Matti, "ECHR Case-Law on Refugees and Asylum Seekers and Protection under the 1951 Refugee Convention: Similarities and Differences", en International Association of Refugee Law Judges, *The Changing Nature of Persecution*, 2000.
- Perluss, Deborah y J. F. Hartman, "Temporary Refuge: Emergence of a Customary Norm", *Virginia Journal of International Law*, vol. 26, 1985-1986, págs. 551 a 626.
- Perry, Veronica A., "Human Rights and the Movement of Persons" (informe del grupo, 14 de abril de 1984), *American Society of International Law*, Actas de la 78ª Reunión Anual, Washington, 1984, págs. 339 a 361.
- Pingeton, Matthew A., "United States Immigration Policy: Detaining Cuban Refugees taken from the Sea", *Journal of Transnational Law and Policy*, vol. 8, 1999, págs. 329 a 345.
- Plender, Richard, "Recent Trends in National Immigration Control", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, 1986, págs. 531 a 566.
- Plender, Richard, "The Ugandan Crisis and the Right of Expulsion under International Law", *The Review: International Commission of Jurists*, No. 9, 1972, págs. 19 a 32.
- Politis, Nicolas-Socrate, "Le Problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 6, 1925-I, págs. 1 a 121.
- Preuss, Lawrence, "International Law and Deprivation of Nationality", *Georgetown Law Journal*, vol. 23, 1934, págs. 250 a 276.
- Pugash, James Z., "The Dilemma of the Sea Refugee: Rescue without Refuge", *Harvard International Law Journal*, vol. 18, 1977, págs. 577 a 604.

**R**

- Ramcharan, B.G., "Equality and Nondiscrimination", en Henkin, Louis (ed.), *The International Bill of Rights*, New York, Columbia University Press, 1981, págs. 246 a 269.
- Reale, Egidio, "Le Droit d'asile", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 63, 1938-I, págs. 473 a 597.
- Rewald, Roman, "Judicial Control of Administrative Discretion in the Expulsion and Extradition of Aliens", *American Journal of Comparative Law Supplement*, vol. 34, 1986, págs. 451 a 465.
- Riga, Joseph F., "Defenses for the Sanctuary Movement: a Humanitarian Plea Falling upon Deaf Ears", *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 12, No.1, 1989, págs. 225 a 263.
- Röhl, Katharina, "Fleeing violence and poverty: non-refoulement obligations under the European Convention of Human Rights", documento de trabajo No. 111, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 2005.

**S**

- Sartori, Maria E., "The Cuban Migration Dilemma: An Examination of the United States Policy of Temporary Protection in Offshore Safe Havens", *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 15, 2001, págs. 319 a 355.
- Sawczyn, Read, "The United States Immigration Policy toward Cuba Violates Established Maritime Policy, it does not Curtail Illegal Immigration, and thus should be changed so that Cuban Immigrants are treated similarly to other Immigrants", *Florida Journal of International Law*, vol. 13, 2000-2001, págs. 343 a 360.
- Schiratzki, Johanna, "The Best Interests of the Child in the Swedish Aliens Act", *International Journal of Law, Policy and Family*, vol. 14, 2000, págs. 206 a 225.
- Schwarzenberger, Georg, "The Fundamental Principles of International Law", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 87, 1955-I, págs. 290 a 383.
- Scott, James Brown, "The Jaurett Claim" (Comentario Editorial), *American Journal of International Law*, vol. 3, 1909, págs. 437 a 438.
- Scott, James Brown, "The Question of expulsion" (Comentario Editorial), *American Journal of International Law*, vol. 1, 1907, págs. 462 a 465.
- Sexton, Robert C., "Political refugees, nonrefoulement and state practice: a comparative study", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 18, 1985, págs. 731 a 806.
- Sharma, Vishnu D. y F. Wooldridge, "Some Legal Questions arising from the Expulsion of the Ugandan Asians", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 23, 1974, págs. 397 a 425.
- Silvers, Samuel M., "The Exclusion and Expulsion of Homosexual Aliens", *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 15, 1983-1984, págs. 295 a 332.

- Silverstein, Arthur, "Expulsion and expatriation in International Law", *American Society of International Law*, vol. 67, 1973, págs. 122 a 140.
- Skordas, Achilles, "The New Refugee Legislation in Greece", *International Journal of Refugee Law*, vol. 11, 1999, págs. 678 a 701.
- Soek, Jan Willem, "Legal Aid and Aliens in Netherlands Law", *Netherlands International Law Review*, Vol. 23, 1976, págs. 43 a 62.
- Sohn, Louis B., "The Rights of Minorities" en Henkin, Louis (ed.), *The International Bill of Rights*, New York, Columbia University Press, 1981, págs. 270 a 289.
- Sohn, Louis B. y R. R. Baxter, "Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens", *American Journal of International Law*, vol. 55, 1961, págs. 545 a 584.
- Sornarajah, M., "Deportation of Aliens and Immigrants from Australia", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 34, 1985, págs. 498 a 521.
- Stein, Torsten, "Die Einschränkung der Freizügigkeit von EWG-Ausländern aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung", *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 35, 1976, págs. 1553 a 1557.
- Sullivan, Donna J., "Advancing the Freedom of Religion or Belief Through the UN Declaration on the Elimination of Religious Intolerance and Discrimination", *American Journal of International Law*, vol. 82, 1988, págs. 487 a 520.

## T

- Tardu, Maxime, "Migrant Workers", 1985, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol.3, 1997, págs. 364 a 369.
- Taylor Savitri, "Guarding the Enemy from Oppression: Asylum-Seeker Rights post-september 11", *Melbourne University Law Review*, vol. 26, 2002, págs. 396 a 421.
- Taylor, G.D.S., "The Content of the Rule Against Abuse of Rights in International Law", *British Year Book of International Law*, London, Oxford University Press, 1972-1973, págs. 323 a 352.
- Thirlway, Hugh, "The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989", *British Yearbook of International Law*, vol. 60, 1989, págs. 1 a 158.
- Totah, Michele, "Fortress Italy: Racial Politics and the New Immigration Amendment in Italy", *Fordham International Law Journal*, vol. 26, 2002-2003, págs. 1438 a 1504.
- Trebilcock, Anne M., "Sex Discrimination", en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 4, 2001, págs. 390 a 396.
- Trelles, Oscar M., "Cuba and the United States: A Review of the Immigration Laws of the two Countries Before and During the Castro Government", *Immigration and Nationality Law Review*, vol. 3, 1979-1980, págs. 25 a 48.



## V

- Vagts, Detlev, "Minimum Standard", en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 3, 1997, págs. 408 a 410.
- Van Krieken, Peter, "Health and Migration: The Human Rights and Legal Context" en Aleinikoff, T. Alexander y V. Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003, págs. 289 a 302.
- Varlez, L., "Les migrations internationales et leur réglementation", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 20, 1927-V, págs. 169 a 346.
- Verosta, Stephan, "Denial of Justice", 1987, en Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 1, 1992, págs. 1007 a 1010.
- Vigor, Pierre, "Du contrôle juridictionnel de l'expulsion des étrangers", *Revue politique et parlementaire*, vol. 58, 1956, págs. 290 a 297.
- Vincent, J.-Y., "La réforme de l'expulsion des étrangers par la loi du 29 octobre 1981", *Juris-Classeur périodique*, I. Doctrine, vol. 56, No. 3054, 1982.

## W

- Waldock, Humphrey, "Human rights in contemporary international law and the significance of the European Convention", en *The European Convention on Human Rights*, British Institute of International and Comparative Law, International Law Series No. 5, 1965 (*The International and Comparative Law Quarterly*, publicación suplementaria No. 11, 1965), págs. 1 a 23.
- Walters, William, "Deportation, Expulsion, and the International Police of Aliens", *Citizenship Studies*, vol. 6, 2002, No. 3, págs. 265 a 292.
- Weis, Paul, "The International Protection of Refugees", *American Journal of International Law*, vol. 48, 1954, págs. 193 a 221.
- Westin, Charles, "Migration Patterns", en Haour-Knipe, Mary y Rector, Richard (eds.), *Crossing Borders: Migration, Ethnicity and AIDS*, London/Bristol, Taylor & Francis, 1996, págs. 15 a 30.
- Williams, John Fischer, "Denationalization", *British Yearbook of International Law*, vol. 8, 1927, págs. 45 a 61.
- Wilson, Robert R., "Some Aspects of the Jurisprudence of National Claims Commissions", *American Journal of International Law*, vol. 36, 1942, págs. 56 a 76.

## Y

- Yates, George T. III, "State Responsibility for Nonwealth Injuries to Aliens in the Postwar Era", en Lillich, Richard B. (ed.), *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1983, págs. 234 a 271.

**Anexo II****Lista de abreviaturas: legislación nacional**

<i>Estado</i>	<i>Abreviatura</i>	<i>Legislación nacional</i>
Alemania	Ley Fundamental	Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, 23 de mayo de 1949
	Ley de 2004	Ley de residencia (30 de junio de 2004)
Australia	Ley de 1958	Ley de migración de 1958 (enmendada en virtud de la Ley No. 144 de 2005)
Austria	Ley de 2005	Ley federal sobre la concesión de asilo (Ley de asilo de 2005), y Ley federal sobre la vigilancia de extranjeros, la expedición de documentos para extranjeros y la concesión del derecho de entrada (Ley de extranjería de 2005) (leyes combinadas)
Belarús	Decisión del Consejo de 1999	Reglamento sobre el procedimiento de deportación de los ciudadanos extranjeros y las personas sin ciudadanía en la República de Belarús, Decisión No. 1653 del Consejo de Ministros
	Ley de 1998	Ley de inmigración, No. 224-Z
	Reglas de 1996	Reglas para el tránsito de los ciudadanos extranjeros y las personas sin ciudadanía por el territorio de la República de Belarús, Decisión No. 62 del Consejo de Ministros
	Ley de 1993	Ley sobre la situación jurídica de los ciudadanos extranjeros y las personas sin ciudadanía en la República de Belarús, No. 2339-XII (con enmiendas hasta el No. 178-Z de 4 de enero de 2003)
Bosnia y Herzegovina	Ley de 2003	Ley sobre la circulación y estancia de extranjeros y el asilo, BiH PA número 79/03
Brasil	Decreto de 1981	Decreto No. 86.715 de 10 de diciembre de 1981
	Ley de 1980	Ley No. 6.815 de agosto de 1980
Bulgaria	Ley de 1998	Ley sobre los extranjeros en la República de Bulgaria, prom. SG. 153/23 diciembre de 1998 (con enmiendas hasta SG. 11, 1º de febrero de 2005)
Camerún	Decreto de 2000	Decreto No. 2000/286 por el que se regulan las condiciones de entrada, estancia y salida de los extranjeros en el Camerún
Canadá	Ley de 2001	Ley sobre la inmigración en el Canadá y la concesión de asilo a las personas desplazadas, perseguidas o en peligro (Legislación del Canadá 2001, capítulo 27, 1º de noviembre de 2001, primera sesión, 37ª legislatura, 49-50 Elizabeth II, 2001)
Chile	Decreto de 1975	Decreto Ley por el que se establecen las normas sobre extranjeros en Chile ("Extranjería"), DL 1094
China	Constitución de 1982	Constitución de la República Popular China (1982)

<i>Estado</i>	<i>Abreviatura</i>	<i>Legislación nacional</i>
	Ley de 2005	Ley de la República Popular China sobre las sanciones de la administración de seguridad pública
	Ley de 2003	Medidas administrativas para el examen y la concesión de la residencia permanente en China a los extranjeros
	Ley de 1993	Ley de seguridad del Estado de la República Popular China
	Ley de 1986	Ley de la República Popular China para el control de la entrada y salida de extranjeros
	Ley de 1978	Ley Penal de la República Popular China (con enmiendas hasta el 28 de febrero de 2005)
	Reglas de 1986	Reglas detalladas para la aplicación de la Ley de la República Popular China para el control de la entrada y salida de extranjeros (con revisiones hasta el 15 de julio de 1994)
	Disposiciones de 2003	Disposiciones de procedimiento para la tramitación de asuntos administrativos por los órganos encargados de la seguridad pública
	Disposiciones de 1998	Disposiciones de procedimiento para la tramitación de causas penales por los órganos encargados de la seguridad pública (con enmiendas hasta el 14 de mayo de 1998)
	Disposiciones de 1992	Disposiciones sobre el procedimiento de ejecución de la salida forzosa de extranjeros
	Circular de 2002	Circular de la Oficina General, Ministerio de Justicia, sobre la publicación de las actas del curso práctico sobre el trato de delincuentes extranjeros
	Nota de 1987	Nota del Ministerio de Seguridad Pública sobre la utilización de documentos de identidad extranjeros, formularios de solicitud y sellos de visados
	Reglamento sobre los estudiantes extranjeros	Reglamento sobre el control administrativo de los estudiantes extranjeros
Colombia	Decreto de 1995	Decreto 2268 de 22 de diciembre de 1995 sobre expedición de visas, incluidas visas diplomáticas
Croacia	Ley de 2003	Ley de extranjería, No. 01-081-03-2443/2
Dinamarca	Ley de 2003	Ley de consolidación No. 685, de 24 de julio de 2003, del Ministerio de Asuntos de Refugiados, Inmigración e Integración (“Ley (de consolidación) de extranjería”)
Ecuador	Ley de 2004	Ley por la que se expide la Codificación de la Ley de Extranjería (19 de octubre de 2004), Codificación 2004-023
Eslovenia	Ley de 2003	Ley de extranjería (revisión oficial), ZTUJ-1-UPB1

<i>Estado</i>	<i>Abreviatura</i>	<i>Legislación nacional</i>
España	Ley de 2000	Ley Orgánica 4/2000 (de 11 de enero de 2000) sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (modificada por última vez por la Ley Orgánica 14/2003, 20 de noviembre de 2003)
Estados Unidos	INA	Ley de inmigración y nacionalidad, 8 U.S.C. (actualizada al 19 de julio de 2005)
Federación de Rusia	Ley No. 115-FZ de 2002	Ley Federal sobre la situación jurídica de los ciudadanos extranjeros en la Federación de Rusia, No. 115-FZ
	Ley No. 62-FZ de 2002	Ley Federal sobre ciudadanía de la Federación de Rusia, No. 62-FZ
	Ley de 1996	Ley Federal sobre el procedimiento de salida de la Federación de Rusia y de entrada en la Federación de Rusia, No. 114-FZ
	Código administrativo, capítulo 18	Código administrativo, capítulo 18 (“Delitos administrativos relativos a la protección de las fronteras de la Federación de Rusia y régimen de estancia de los ciudadanos extranjeros y las personas sin ciudadanía en el territorio de la Federación,” Índice: Código de delitos administrativos, división II, capítulo 18)
Guatemala	Reglamento de 1999	Reglamento de la Ley de Migración (20 de julio de 1999)
	Decreto Ley de 1986	Decreto Ley No. 22-86 (Ley de Migración y Extranjería)
Honduras	Ley de 2003	Ley de Migración y Extranjería, No. 208-2003
Hungría	Ley de 2001	Ley XXXIX de 2001 sobre la entrada y estancia de extranjeros
Irán (República Islámica del)	Reglamento de 1973	Reglamento de aplicación de la Ley de entrada y residencia de extranjeros en el Irán (31 de mayo de 1973)
	Ley de 1931	Ley de entrada y residencia de extranjeros en el Irán aprobada el 1º de mayo de 1931 (con enmiendas posteriores)
Italia	Ley de 2005	Ley No. 155 (31 de julio de 2005) sobre la conversión jurídica, con modificaciones, del Decreto Ley de 27 de julio de 2005, No. 144, por el que se presentan medidas urgentes para la lucha contra el terrorismo internacional
	Decreto Legislativo No. 286 de 1998	Decreto Legislativo No. 286 (25 de julio de 1998), por el que se establece un texto único de las disposiciones relativas a la regulación de la inmigración y normas sobre la condición del extranjero
	Ley No. 40 de 1998	Ley No. 40 (6 de marzo de 1998) sobre el control de la inmigración y normas relativas a la condición del extranjero
	Decreto Ley de 1996	Decreto Ley No. 132 (19 de marzo de 1996), Disposiciones urgentes sobre política de inmigración y reglamento sobre la entrada y la estancia en el territorio nacional de ciudadanos de países no pertenecientes a la Unión Europea

<i>Estado</i>	<i>Abreviatura</i>	<i>Legislación nacional</i>
Japón	Orden de 1951	Ley de control de la inmigración y de reconocimiento de la condición de refugiado, Orden Ministerial No. 319 de 1951 (enmendada en virtud de la Ley No. 66 de 2005)
Kenya	Ley de 1973	Ley sobre restricciones a los extranjeros (entrada en vigor el 18 de mayo de 1973)
	Ley de 1967	Ley de inmigración (entrada en vigor el 1º de diciembre de 1967) (enmendada en 1972)
Lituania	Ley de 2004	Ley sobre la situación jurídica de los extranjeros, No. IX-2206
Madagascar	Decreto de 1994	Decreto No. 94-652, por el que se deroga el Decreto No. 66-101 de 2 de marzo de 1966 y se establecen nuevas modalidades de aplicación de la Ley No. 62-002 de 6 de junio de 1962 sobre la organización y el control de la inmigración
	Ley de 1962	Ley No. 62-006 sobre la organización y el control de la inmigración (6 de junio de 1962)
Malasia	Ley de 1959-1963	Ley de inmigración, 1959-1963
	Reglamento de 1963	Reglamento de inmigración de 1963
Marruecos	Dahir de 1934	Dahir sobre la inmigración (entrada en vigor el 15 de noviembre de 1934)
Nigeria	Constitución de 1999	Constitución de la República Federal de Nigeria (1999)
	Ley de 1963	Ley de inmigración de 1º de agosto de 1963 (capítulo 171)
	Reglamento de 1963 (L.N. 94)	L.N. 94 de 1963, Reglamento de inmigración (Control de extranjeros) en el artículo 51 (1º de agosto de 1963, con entrada en vigor el 1º de agosto de 1963)
	Reglamento de 1963 (L.N. 93)	L.N. 93 de 1963, Reglamento de inmigración en el artículo 51 (1º de agosto de 1963, con entrada en vigor el 1º de agosto de 1963)
Noruega	Ley de 1988	Ley relativa a la entrada y estancia de extranjeros en el Reino de Noruega (Ley de inmigración), No. 64 (24 de junio de 1988) (modificada en virtud de la Ley 2005 06-10-50, con entrada en vigor el 9 de septiembre de 2005)
Panamá	Ley de 1980	Ley No. 6 de 5 de marzo de 1980
	Decreto Ley de 1960	Decreto Ley de 5 de julio de 1960 (enmendado en virtud de la Ley No. 6 de 5 de marzo de 1980)
Paraguay	Ley de 1996	Ley de migraciones, No. 978
Perú	Ley de 2002	Ley de asilo, No. 27840
Polonia	Ley No. 1776 de 2003	Ley de 13 de junio de 2003 sobre la protección de los extranjeros en el territorio de la República de Polonia, Boletín Jurídico de 2003, No. 128, apartado 1176
	Ley No. 1775 de 2003	Ley de extranjería de 13 de junio de 2003, Boletín Jurídico de 2003, No. 128, apartado 1175

<i>Estado</i>	<i>Abreviatura</i>	<i>Legislación nacional</i>
Portugal	Decreto Ley de 1998	Decreto Ley No. 244/98 (enmendado el 12 de marzo de 2003)
Reino Unido	Ley de 1999	Ley de inmigración y asilo de 1999
	Ley de 1993	Ley de apelación en procedimientos de inmigración y asilo de 1993
	Ley de 1981	Ley de nacionalidad británica de 1981
	Ley de 1978	Ley de inmunidad del Estado de 1978
	Orden de 1972	Orden de (exención del control de) inmigración de 1972
	Ley de 1971	Ley de inmigración de 1971
	Manual	Manual del Ministerio del Interior de aplicación práctica en materia de deportación
República Checa	Ley de 1999	Ley No. 326 de 30 de noviembre de 1999 sobre la residencia de extranjeros en el territorio de la República Checa y enmienda de algunas leyes (con enmiendas hasta la Ley No. 140 Sb. de 3 de abril de 2001)
República de Corea	Ley de 1992	Ley de control de la inmigración (Ley No. 4522 de 8 de diciembre de 1992) (enmendada en virtud de la Ley No. 7034 de 31 de diciembre de 2003)
	Decreto de 1993	Decreto de ejecución de la Ley de control de la inmigración, enmendado íntegramente por el Decreto Presidencial No. 13872 (enmendado hasta el 17 de agosto de 2004)
Sudáfrica	Ley de 2002	Ley de inmigración, No. 13 de 2002 (enmendada en virtud de la Ley de enmienda de inmigración, No. 19 de 2004)
Sudán	Ley de 2003	Ley de nacionalidad de 2003
Suecia	Ley de 1989	Ley de extranjería (1989:529)
Suiza	Constitución Federal	Constitución Federal de la Confederación Suiza (18 de abril de 1999)
	Ley Federal de 1931	Ley Federal de 26 de marzo de 1931 sobre la estancia y residencia de extranjeros (LSEE), No. 142.20
	Reglamento de 1949	Reglamento de 1º de marzo de 1949 sobre la ejecución de la Ley Federal sobre la estancia y residencia de extranjeros (RSEE), No. 142.201
	Reglamento de 1999	Reglamento de 11 de agosto de 1999 sobre la ejecución de la devolución y la expulsión de extranjeros (OERE), No. 142.281
	Código Penal	Código Penal de Suiza de 21 de diciembre de 1937, No. 311.0
	Decreto Federal de 1909	Decreto Federal de 15 de junio de 1909 por el que se responsabiliza a la Confederación de los gastos de devolución de los extranjeros indigentes, No. 142.291
Túnez	Ley de 1968	Ley No. 1968-0007, de 8 de marzo de 1968, relativa a la situación de los extranjeros en Túnez

---

<i>Estado</i>	<i>Abreviatura</i>	<i>Legislación nacional</i>
Reino Unido	Ley de 1999	Ley de inmigración y asilo de 1999
	Ley de 1993	Ley de apelación en procedimientos de inmigración y asilo de 1993
	Ley de 1981	Ley de nacionalidad británica de 1981
	Ley de 1978	Ley de inmunidad del Estado de 1978
	Orden de 1972	Orden de (exención del control de) inmigración de 1972
	Ley de 1971	Ley de inmigración de 1971
	Manual	Manual del Ministerio del Interior de aplicación práctica en materia de deportación

---