

LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y SOBERANÍA DEL ESTADO: POSIBLES LÍMITES DERIVADOS DE OBLIGACIONES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL

FREEDOM OF MOVEMENT AND STATE SOVEREIGNTY: POSSIBLE LIMITS ARISING FROM INTERNATIONAL PROTECTION OBLIGATIONS

Mireya Castillo Daudí *

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA MIGRACIÓN INTERNACIONAL: DEL *IUS COMMUNICATIONIS* A LA COMPETENCIA DISCRECIONAL DEL ESTADO. III. EL DERECHO A CIRCULAR LIBREMENTE, DERECHO HUMANO. IV. LIMITACIONES A LA COMPETENCIA DISCRECIONAL DEL ESTADO EN MATERIA DE ENTRADA DE EXTRANJEROS. V. CONCLUSIÓN

RESUMEN: Actualmente, el número de personas que buscan protección internacional es más elevado que nunca. Diversos instrumentos internacionales enuncian un derecho humano a circular libremente pero, al mismo tiempo, en el Derecho internacional, la entrada, la permanencia y la expulsión de extranjeros en el territorio del Estado depende de su competencia exclusiva. El presente artículo reflexiona sobre los límites de la soberanía del Estado en esta materia.

ABSTRACT: Nowadays, more people are currently displaced and seeking protection worldwide than ever. States have the right to control the entry, residence and expulsion of aliens; at the same time, several international instruments affirm, apparently, the right of every person to freedom of movement and residence. This paper deals with the limits to the jurisdiction of the State on the matter.

PALABRAS CLAVE: Asilo, Competencia discrecional del Estado, Derecho a circular libremente, *Refoulement*, Refugiados.

KEYWORDS: Asile, Exclusive jurisdiction of the State, Freedom of circulation, *Refoulement*, Refugees.

Fecha de recepción del original: 26 de febrero de 2016. Fecha de aceptación de la versión final: 13 de junio de 2016.

* Catedrática de Derecho Internacional Público de la Universitat de Valencia. Correo electrónico: mireya.castillo@uv.es.

I. INTRODUCCIÓN

La movilidad de los seres humanos, la emigración por las razones más diversas, son tan antiguos como la humanidad, pero, en la actualidad, está adquiriendo enormes proporciones¹. Según la Oficina del Alto Comisariado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR/UNHCR), los conflictos armados, el deterioro de las condiciones de seguridad y las violaciones de los derechos humanos son las principales causas del incremento incontenible del número de personas que solicitan protección, asilo o refugio², en los países industrializados durante 2014³. En ese año se registraron no menos de 866.000 solicitudes de asilo, lo que representa un cuarenta y cinco por ciento más que el año anterior. La mayor parte de las peticiones –el 45%– procedían de Siria, de Irak, de Afganistán, de Serbia y Kosovo⁴ y de Eritrea.

La búsqueda de protección contra la persecución requiere, forzosamente, que la persona que se considera amenazada, salga del Estado en el que se encuentra, atraviese las fronteras de uno o más Estados o se someta a su jurisdicción. La búsqueda de protección y la inmigración están, pues, indisolublemente unidas.

La emigración tiene que ver, por una parte, con la libertad de circulación y, por otra, con la competencia territorial del Estado o soberanía sobre su territorio.

Según el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “la libertad de circulación es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona”⁵ pero su ejercicio efectivo depende de la soberanía territorial del Estado. La coincidencia de estos dos elementos genera una paradoja: en teoría, podría hablarse de un *derecho a emigrar* pero no de un *derecho a inmigrar* a un determinado Estado; el individuo tiene libertad de circulación pero sólo puede entrar en un determinado Estado con el consentimiento del soberano territorial; esta aparente contradicción puede resolverse determinando si existen normas internacionales, presumiblemente, derivadas de consideraciones humanitarias, que limiten la competencia discrecional del Estado en

¹ Sobre este tema v. la obra colectiva: FERNÁNDEZ, J. Y LALY-CHEVALIER, C. (directores): *Droit d'asile. État des lieux et perspectives*, Paris (Pédone), 2015.

² En el Derecho internacional la terminología es diversa: asilo, condición de refugiado, solicitud de protección internacional; asimismo se utilizan las expresiones “protección temporal”, “protección subsidiaria” y protección temporal.

³ *UNHCR Asylum Trends 2014*. Aunque hay datos del año 2015, se utilizan los datos de 2014 porque nos interesa su visión de conjunto; los datos de 2015 ofrecen, principalmente, una visión por regiones; los datos de 2014 se refieren a “cuarenta y cuatro países industrializados”, a saber, los 28 Estados miembros de la Unión Europea, Albania, Australia, Bosnia-Herzegovina, Canadá, Corea, Estados Unidos, Islandia, Japón, Liechtenstein, Montenegro, Noruega, Nueva Zelanda, la Antigua República Yugoslava de Macedonia, Serbia y Kosovo, Suiza y Turquía. En 2014 estos, países recibieron, en su conjunto, 866.000 nuevas solicitudes de asilo. La mayor parte de éstas (149.600) procedían de personas procedentes de Siria. La mayor parte de aquéllas (173.000) se presentaron en Alemania.

⁴ En el sentido de la resolución S/RES/1244 (1999) del Consejo de Seguridad.

⁵ Comité de Derechos Humanos. *Comentarios generales aprobados por el Comité de Derechos Humanos con arreglo al párrafo 4 del artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adición, Comentario general N.º. 27 (67). Libertad de circulación (artículo 12)*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9**, 1 de noviembre de 1999.

materia de entrada de extranjeros: esas reglas le llevarían a admitir y acoger al extranjero en su territorio.

El objeto del presente estudio es, por una parte, el análisis de las normas internacionales relativas a la libertad de circulación, entendida como el derecho a entrar en cualquier país, y, por otra, la reflexión acerca de las posibles limitaciones a la libertad del Estado en esta materia. Todo ello, exclusivamente, desde el punto de vista del Derecho internacional. El estudio del Derecho de la Unión Europea está fuera de nuestro objetivo.

Con tal propósito, se incluye una parte sobre la migración internacional, que pone de manifiesto la evolución del Derecho internacional, del *ius communicationis* a la consagración de la competencia discrecional del Estado en materia de política migratoria. Seguidamente, se analizan las numerosas normas internacionales y su interpretación *jurisprudencial*, que, aparentemente, enuncian un derecho a circular libremente como derecho humano, con objeto de determinar si el Derecho internacional reconoce con carácter general tal derecho.

Las conclusiones de las consideraciones anteriores generan incongruencias que tratan de resolverse investigando la existencia de disposiciones internacionales que limiten la competencia del Estado: un teórico derecho de asilo, la prohibición convencional de expulsión y devolución (*refoulement*) e incluso, en su caso, un principio general del Derecho internacional que prohibiría tal expulsión y devolución.

En el momento presente, en el que el tema de la inmigración está cargado de prejuicios políticos e ideológicos, en aras de la necesaria objetividad⁶, se hace necesario recurrir al Derecho para buscar un equilibrio entre la libertad de circulación y el respeto de la soberanía del Estado.

II. LA MIGRACIÓN INTERNACIONAL: DEL *IUS COMMUNICATIONIS* A LA COMPETENCIA DISCRECIONAL DEL ESTADO

Pese a que el fenómeno migratorio es internacional por naturaleza y puede ser causa de conflictos entre los Estados, al afectar directamente al control de su territorio, las reglas y principios internacionales existentes en la materia son escasos. La regulación jurídica de lo que genéricamente se califica de “migración” es un fenómeno tardío.

En el siglo XVI, el *ius communicationis*, es decir “la sociedad y comunicación natural”, lo que hoy llamamos la libre circulación de las personas, de Francisco de Vitoria, constituyó uno de los títulos legítimos que sirvió para justificar la conquista de las

⁶ CHEMILLIER-GENDREAU, M.: “Inmigration, droit international, droit européen et démocratie”, *Cahiers de l’Urmis*, 5, 1999, en <http://urmis.revues.org/359>.

Indias por los españoles⁷. Así, el *ius communicationis* sirvió para legitimar el derecho de conquista y la ocupación militar.

En ese periodo histórico y en el siglo XVII, los Estados europeos practicaban entre ellos, aparentemente sin restricciones, la libre circulación de personas, fundada en la doctrina de H. GROTIUS, deducida de la ley natural del libre acceso de los extranjeros al territorio de un Estado⁸. De esta forma, se permitió el acceso al Estado de extranjeros que buscaban protección contra la persecución por sus creencias religiosas, y que recibieron asilo en países cuya población no compartía sus creencias; por ejemplo, los judíos españoles y portugueses fueron acogidos en los Países Bajos, en Europa oriental y en los países musulmanes.

En el siglo XVIII, la doctrina del Derecho de Gentes se hace más restrictiva sobre ese punto, debido a la poderosa influencia de Emeric de VATTEL⁹ y su concepción de la soberanía del Estado: "...a cada nación pertenece juzgar...lo que puede o no puede, qué le conviene o no hacer..."¹⁰. Así surge la idea de que el acceso de los extranjeros al territorio de un Estado depende de la decisión discrecional del soberano¹¹.

En 1892, en su sesión de Ginebra, el Institut de droit international (IDI) adoptó una resolución sobre *Règles Internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*¹², que reflejaba el estado de la doctrina internacional en la materia¹³. En el preámbulo, esta resolución afirmaba categóricamente el derecho del Estado a admitir o no extranjeros en su territorio, como consecuencia lógica y necesaria de su soberanía e independencia; en esta línea, entre las razones por las que un Estado podía prohibir la entrada de extranjeros en su territorio, el IDI se refería a "las colonias en las que no predominara la civilización europea", así como a las diferencias fundamentales de costumbres o de

⁷ F. de Vitoria no publicó nada durante su vida; a base de los apuntes conservados por sus alumnos, aparece en Lyon, en 1557, la primera edición de las *Relectiones Theologicae*; en español, hay una edición completa de la Asociación "Francisco de Vitoria", preparada por el Padre Luis G. Alonso Getino, con del nombre de *Relaciones Teológicas*, publicada en Madrid, en 1934. En la *Relectio Prior de indis recenter inventis*, pronunciada probablemente en 1539, VITORIA aborda el examen de los títulos alegados por los españoles "para recorrer aquellas provincias y permanecer allí, sin que puedan prohibírsele los bárbaros, pero sin daño alguno para ellos" (A. MIAJA DE LA MUELA: *Introducción al Derecho internacional público*, 7ª edición, Madrid (Atlas), 1979, pp. 377 y sig.).

⁸ GROTIUS, H.: *De iure belli ac pacis*, publicado en 1625. En toda su obra, Grocio parte de un principio inmutable de Derecho de Gentes: los hombres de cualquier país son libres de desplazarse a otro y comerciar con sus habitantes (MIAJA DE LA MUELA, A.: *Introducción al Derecho internacional público*, cit. pp. 436 y sig.).

⁹ VATTEL tuvo una autoridad inmensa en el mundo diplomático; sus opiniones fueron frecuentemente alegadas en negociaciones internacionales e, incluso, sirvieron para fundamentar fallos de tribunales de justicia (MIAJA DE LA MUELA, A.: *Introducción al Derecho internacional público* cit., p. 186).

¹⁰ de VATTEL, E.: *Le Droit des Gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Londres, 1758, vol. I, p. 39 (<http://oll.libertyfund.org/titles>).

¹¹ RIGAUX, F.: "Immigration: Droit international et droits fondamentaux", <http://www.sfdi.org/wp-content/uploads/2014/08/RIGAUXimmigration.pdf>.

¹² V. texto en: <http://www.justitiaetpace.org>.

¹³ V. los autores citados por RIGAUX, F.: "Immigration: Droit international et droits fondamentaux" cit., en la nota 17.

civilización, o “por una acumulación peligrosas de extranjeros que se presentaran en masa”.

El Tribunal Internacional de Justicia ha reconocido implícitamente la competencia discrecional del Estado en materia de entrada de extranjeros en su territorio. En efecto, en su sentencia de 5 de febrero de 1970, relativa al asunto de la *Barcelona Traction, Light and Power Company (Nouvelle Requête: 1962) (Belgique c. Espagne), Deuxième Phase*¹⁴, el Tribunal declaró:

Dès lors qu'un État admet sur son territoire des investissements étrangers ou des ressortissants étrangers, personnes physiques ou morales, il est tenu de leur accorder la protection de la loi et assume certaines obligations quant à leur traitement.

Así pues, se puede afirmar que en el Derecho internacional general, la admisión de extranjeros pertenece a la esfera de la competencia discrecional del Estado, por lo que éste puede denegarla o someterla a las condiciones que juzgue necesarias: pasaporte, visado, permiso de trabajo, etc.

III. EL DERECHO A CIRCULAR LIBREMENTE, DERECHO HUMANO

En el Derecho internacional la libertad de circulación, *le droit d'aller et venir*, según la fórmula francesa¹⁵, parece configurarse como un *derecho humano*, ya que así aparece enunciado en numerosos instrumentos internacionales declarativos de derechos humanos de diversa naturaleza, con distinto alcance y contenido; tales instrumentos son: la Declaración Universal de derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, el Protocolo Número 4 Reconociendo Ciertos Derechos y Libertades Además de las que ya Figuran en el Convenio y en el Protocolo Adicional al Convenio, de 16 de setiembre de 1963 (el Protocolo 4), el Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, de 22 de noviembre de 1969, la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, o Carta de Bánjul, de 27 de junio de 1981, la Convención sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, la Carta Árabe de Derechos Humanos, de 22 de mayo de 2004, y la Declaración de Derechos Humanos de la Asociación de Estados del Sureste Asiático (ASEAN), de 18 de noviembre de 2012.

En algunos de esos instrumentos, además, la libertad de circulación es jurídicamente exigible, en los términos establecidos en cada uno de ellos; así sucede en los casos en que ese derecho está reconocido en instrumentos convencionales que establecen mecanismos de garantía del cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado; tal es el caso del Protocolo 4 de 1963, del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos de 1966, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, de la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos de 1981, de la

¹⁴ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3.*

¹⁵ CÁMARA ARROYO, S.: “Libertad de residencia y circulación”, *Diccionario de Derechos Humanos*, diccionario.pradpi.org, p. 8.

Convención sobre los derechos del niño de 1989, y de la Carta Árabe de Derechos Humanos de 2004. En otros casos, el reconocimiento del derecho es puramente nominal, no sólo por la naturaleza jurídica del instrumento que lo afirma sino también porque en él no se establecen mecanismos de control: así sucede en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y en la Declaración de Derechos Humanos de la ASEAN. La voluntad política de los Estados o del órgano que la adoptó no ha querido ir más allá.

1. Instrumentos adoptados en el ámbito de las Naciones Unidas: la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989

Los instrumentos de ámbito universal que enuncian el derecho de toda persona a circular libremente son la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la resolución 217 (III), Declaración Universal de derechos humanos, en cuyo artículo 13 se afirma:

1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

... ..

La Declaración reconoce, pues, inequívocamente la libertad de circulación como derecho de “toda persona”, sin embargo, la claridad del reconocimiento es inversamente proporcional a sus efectos jurídicos: la resolución no es fuente de derechos y obligaciones.

En efecto, la Declaración Universal constituye un desarrollo de las obligaciones asumidas por la ONU y por sus Estados miembros en virtud de la Carta¹⁶ pero, desde el punto de vista formal, en cuanto resolución de la Asamblea General, la Declaración no es un instrumento jurídicamente vinculante¹⁷.

¹⁶ Según su Preámbulo, la Declaración formula “una concepción común de los derechos y libertades fundamentales del hombre”, “como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse”. El Preámbulo de la Declaración pone de manifiesto su relación con el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, por una parte, y con el artículo 56 de la Carta, por otra: así, el Preámbulo afirma que “los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”. Además, recuerda que “los Estados miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades del hombre”.

¹⁷ En este sentido, A: TRUYOL precisa: “su significación jurídica es la de una pauta superior de inspiración y criterio superior de interpretación para los órganos llamados a configurar el derecho internacional positivo. La Declaración es indudablemente la expresión de la conciencia jurídica de la Humanidad, representada en la ONU y, como tal, fuente de un “derecho superior”, un *Higher Law* cuyos principios no pueden desconocer sus miembros” TRUYOL SERRA, A.: *Los Derechos Humanos*, 2ª ed., Madrid (Tecnos) 1977, p. 31.

Con todo, hay que subrayar, por una parte que, desde la fecha de adopción de la Declaración, en 1948, hasta la adopción de los Pactos internacionales de Derechos Humanos, en 1966, la Declaración universal fue el único instrumento universal que establecía estándares de Derechos Humanos. Por otra parte, la Declaración se utiliza constantemente como parámetro de referencia de los Derechos Humanos, en los convenios internacionales¹⁸, en las resoluciones de la Asamblea General¹⁹, en la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia²⁰, y en los textos de Derecho interno de los Estados²¹.

Por todo ello puede afirmarse que, en el tiempo transcurrido desde su adopción, en la práctica, la Declaración se ha convertido en un instrumento de carácter normativo, en el sentido de que hoy es difícil negar que hay un conjunto de Derechos Humanos fundamentales²², enunciados en la Declaración Universal, que forman parte del Derecho Internacional general o consuetudinario pero no puede afirmarse que, entre ellos esté incluido el derecho a circular libremente.

En las Naciones Unidas, los derechos civiles y políticos son el objeto específico del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²³; su artículo 12 dispone:

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene de derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.

... ..

El enunciado de esta disposición sólo reconoce la libertad de circulación a “(t)oda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado”; su alcance es, pues, limitado.

En la Parte IV del Pacto, se instituye un órgano independiente de control de cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados Partes: el Comité de Derechos Humanos (el Comité). El Comité ha interpretado el sentido y el alcance de la libertad de circulación en su Observación general n° 15²⁴, en 1986, y en su Comentario

¹⁸ V., por ejemplo, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 (v. texto en BOU FRANCH, V., CASTILLO DAUDÍ, M.: *Derecho internacional de los derechos humanos y Derecho internacional humanitario*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2014, p. 611), y el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (BOE de 31 de diciembre de 1990).

¹⁹ V., por ejemplo, las siguientes resoluciones de la Asamblea General: A/RES/32/130 de 16 de diciembre de 1977, A/RES/39/145 de 14 de diciembre de 1984 y A/RES/41/117 de 4 de diciembre de 1986.

²⁰ V. la Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 24 de mayo de 1980: *Personnel diplomatique et consulaire des États Unis à Téhéran, arrêt, C.I.J. Recueil 1980*, párrafo 91.

²¹ V., por ejemplo, el artículo 10.2 de la Constitución española de 1978.

²² La doctrina se refiere a ellos como el “núcleo duro” de los Derechos Humanos (VILLÁN DURÁN, C.: “La Declaración Universal de Derechos Humanos en la práctica desarrollada por los órganos de las Naciones Unidas”, en: Asociación para las Naciones Unidas en España: *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Comentario artículo por artículo*, Barcelona (Icaria) 1998, pp. 73-89). Sobre la ambigüedad y arbitrariedad de la noción de “núcleo duro” (“core of rights”) v. KOJI, T.: “Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond. From the Perspective of Non-Derogable Rights”, *European Journal of International Law*, Vol. 12, No. 5, november 2001, pp. 925-926.

²³ V. Relación de Estados Partes en indicators.ohchr.org.

²⁴ *La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, v. texto en: tbinternet.ohchr.org.

general n° 27²⁵, de 18 de octubre de 1999, afirmando la competencia del Estado en la materia.

En efecto, en la Observación general n° 15, el Comité afirma lo siguiente:

El Pacto no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado Parte ni de residir en él. En principio, corresponde al Estado decidir a quién ha de admitir en su territorio...

En el Comentario General n° 27, el Comité reafirma la regla de que la libertad de circulación corresponde a toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado.

El Comité ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el artículo 12 del Pacto, al conocer de comunicaciones individuales, en diversas ocasiones, aunque de forma incidental; así lo ha hecho, por ejemplo, en la Comunicación N° 492/1992, *Peltonen v. Finland*, de 26 de julio de 1994²⁶, en la Comunicación N° 456/1991, *Celepli c. Suecia*, de 2 de agosto de 1994²⁷, en la Comunicación N° 505/1992, *Kéténguéré Ackla v. Togo*, de 30 de junio de 1995²⁸, y en la Comunicación N° 833/1998, *Samira Karker y otros v. France*, de 30 de octubre de 2000²⁹.

La Convención sobre los derechos del Niño³⁰ también se refiere a la libertad de circulación; la Convención ha sido completada por tres Protocolos facultativos; de ellos interesa especialmente, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del niño Relativo a un Procedimiento de Comunicaciones de 19 de diciembre de 2011 (el Protocolo de 2011)³¹.

El artículo 10 de la Convención se refiere al derecho de circular libremente, en los términos siguientes:

1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 9³², toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva...
2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos

²⁵ V. texto en Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Comité de Derechos Humanos, *Comentarios Generales Aprobados por el Comité de Derechos Humanos con arreglo al párrafo 4 del artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Adición, Comentario General n° 27 (67)*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, 1 de noviembre de 1999.

²⁶ V. texto en <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html>.

²⁷ V. texto en www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1396.pdfview=1.

²⁸ V. texto en <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html>.

²⁹ V. texto en <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee>.

³⁰ V. texto en <http://treaties.un.org>.

³¹ V. texto en BOE de 31 de enero de 2014.

³² En este párrafo se establece la obligación de los Estados Partes de velar porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos.

directos con ambos padres. Con tal fin...los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país...

En esta disposición, pues, los Estados partes asumen el compromiso de atender “de manera positiva” toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte, “a los efectos de la reunión de la familia”. Ello no significa el reconocimiento general del derecho a acceder al territorio del Estado, ni siquiera a los niños o a sus padres.

Con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes³³, en la Convención se establece un Comité de los Derechos del Niño (el Comité).

En su Observación General N° 6 (2005) relativa al trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, el Comité recuerda especialmente a los Estados Partes los compromisos asumidos en relación con el citado artículo 10.1³⁴, subrayando los propios términos de esta disposición: “toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva...”³⁵

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, también ha interpretado los compromisos asumidos por los Estados mediante esta Convención, en su *Opinión Consultiva OC21/14. Derechos y garantías de niños y niñas en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Resolución de 19 de agosto de 2014*³⁶. Así la Corte considera que “las autoridades fronterizas no deben impedir el ingreso de niños y niñas extranjeros al territorio nacional...desde un enfoque en el cual prevalezca su condición de niñas y niños. En esta línea, resulta indispensable que los Estados permitan el acceso de la niña o niño al territorio...”. La Corte ha recordado asimismo que, en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, los Estados deben tener en cuenta la necesidad de mantener la unidad familiar en la mayor medida posible, con objeto garantizar la protección del interés superior del niño³⁷.

³³ V. relación de Estados Partes en indicators.ohchr.org.

³⁴ El Grupo de trabajo de la Comisión Africana sobre Derechos del Hombre y de los Pueblos sobre los Pueblos Autóctonos ha denunciado que muchos Estados africanos, por ejemplo Argelia, invocan el principio de inviolabilidad de las fronteras para impedir a los menores de los pueblos nómadas que están en Mali, que se reúnan con sus padres (KORIR SING'OEI: *Manuel sur la promotion et protection des populations/communautés autochtones à travers le système africain des droits de l'homme...* cit., pp. 20-21).

³⁵ V. Committee on the Rights of the Child, *General Comment No.6, Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside their Country of Origin* (Thirty-ninth sesión, 2005), U.N. Doc.CRC/GC/2005/6(2005), en www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC6.pdf.

³⁶ V. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Asilo y Refugio niños, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 5: Niños y Niñas*, s.f., en www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/ninosninas3.pdf.

³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas VS. República Dominicana. Sentencia de 28 de agosto de 2014 (Excepciones, Fondo, Reparaciones y Costas)*, en http://www.cidh.org.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf.

Así pues, en el ámbito de la Convención sobre los derechos del niño, el interés superior del niño³⁸ parece imponer ciertas limitaciones a la competencia discrecional del Estado en esta materia.

2. Instrumentos del Consejo de Europa: el Protocolo Adicional al Convenio, de 16 de setiembre de 1963 (el Protocolo 4)

Los Estados Miembros del Consejo de Europa³⁹ han creado el sistema más avanzado de protección de los derechos humanos que se ha convertido en paradigma de los establecidos con posterioridad. Los derechos civiles y políticos están reconocidos fundamentalmente en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 (el Convenio)⁴⁰, que ha sido completado y enmendado por dieciséis Protocolos; de ellos nos interesa en particular el Protocolo 4⁴¹, cuyo artículo dispone:

Libertad de circulación. 1. Toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado tiene de derecho a circular libremente por él y a elegir libremente su residencia.

... ..

El Protocolo, pues, sólo reconoce la libertad de circulación a “(t)oda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado”, es decir, este derecho no puede ser invocado por cualquier persona; su alcance está limitado por la condición de que la persona se encuentre legalmente en el territorio del Estado.

Con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan del Convenio y sus Protocolos, en el Convenio se instituye el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (el Tribunal). El Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema de la competencia del Estado en materia de entrada de extranjeros, en diversas ocasiones⁴²; así, en su sentencia de 23 de febrero de 2012, dictada en el asunto *Hirsi Jamaa et Autres c. Italie* (Requête n° 27765/09), el Tribunal afirmó:

Selon la jurisprudence constante de la Cour, les États contractants ont, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux des traités, y compris de la Convention, le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux...

³⁸ Sobre el sentido de esta expresión v. Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, Comité de los Derechos del Niño: *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013 (<http://www.unicef.cl>).

³⁹ V. la relación de Estados miembros en <http://www.coe.int/en/web/portal/47-members-states>.

⁴⁰ Todos los Estados miembros del Consejo de Europa son partes en el Convenio.

⁴¹ V. Relación de Estados Partes en <http://www.coe.int>.

⁴² V. Sentencia de 28 de mayo de 1985, asunto *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume Uni* (Applications Nos. 9214/80, 9473/81; 9474/81), sentencia de 30 de octubre de 1991, asunto *Vilvarajah and Others v. The United Kingdom* (Applications Nos. 131663/87, 13164/87, 16165/87, 13447/87, 13448/87), sentencia de 17 de diciembre de 1996, asunto *Ahmed c. Autriche* (Requête n° 25964/94), sentencia de 21 de octubre de 1997, asunto *Boujlifa c. Francia* (Requête n° 25404/94), y sentencia de 28 de junio de 2011, asunto *Sufi and Elmi v. The United Kingdom* (Applications Nos. 8319/07 and 11449/07).

Asimismo, el Tribunal ha interpretado el sentido y alcance del artículo 2 del Protocolo 4, en diversos asuntos⁴³, por ejemplo, en su sentencia de 22 de mayo de 2001, en el asunto *Baumann c. France (Requête n° 33592/96)*⁴⁴; el Tribunal declaró:

La Cour rappelle que le droit de libre circulation tel que reconnu aux paragraphes 1 et 2 du Protocole n° 4, a pour but d'assurer le droit dans l'espace, garanti à toute personne, de circuler à l'intérieur du territoire dans laquelle elle se trouve ainsi que de le quitter; ce qui implique le droit de rendre dans un pays de son choix dans lequel elle pourrait être autorisée à entrer...

Recientemente, el Tribunal ha reafirmado su punto de vista en su sentencia de 2 de diciembre de 2014, en el asunto *Battista c. Italie (Requête n° 43978/09)*:

L'article 2.2 du Protocole n° 4 garantit à toute personne le droit de quitter n'importe quel pays pour se rendre dans n'importe quel autre pays de son choix où elle est susceptible d'être admise.

Así pues, parece claro que en el Protocolo 4 no se reconoce la libertad de circulación como un derecho a “entrar en cualquier país”, puesto que la admisión en éste depende de la autorización del Estado.

De esta forma se reafirma el principio de que la admisión de extranjeros pertenece a la esfera de la competencia discrecional del Estado.

3. Instrumentos de la Organización de Estados Americanos: la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (“Pacto de San José de Costa Rica”)

El instrumento jurídico convencional que fundamenta la protección de los derechos humanos en la Organización de Estados Americanos (OEA) es el Pacto de San José de Costa Rica” de 1969⁴⁵; el Pacto ha sido completado por dos Protocolos. La libertad de circulación está reconocida en el artículo 22 del Pacto de San José⁴⁶:

Derecho de circulación y de Residencia. 1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.

... ..

⁴³ Sentencia de 22 de febrero de 1999, asunto *Raimondo c. Italie (Requête n° 12954/87)*, sentencia de 6 de abril de 2000, asunto *Labita c. Italie (Requête n° 12954/87)*, y sentencia de 23 de mayo de 2001, asunto *Denizci et autres c. Chypre (Requêtes nos. 25316/94 et 27207/095)*.

⁴⁴ Sobre esta sentencia v. RENAUT, C.: “La liberté de circulation. Confiscation du passeport (arrêt Baumann, du 22 mai 2001), Actes de la huitième Session d'information (arrêts rendus en 2001”, *Cahiers du CREDHO* n° 8), <http://www.credho.org>.

⁴⁵ V. relación de los Estados Partes en http://www.oas.org/es/estados_miembros/default.asp.

⁴⁶ Sobre este artículo v.: RICART, L. T.: “Artículo 22. Derecho de Circulación y Residencia”, en: ALONSO REGUEIRA, E. M. (Director): *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho argentino*, Buenos Aires (La Ley), 2013, pp. 371-388, y UPRIMNY YEPES, R., SÁNCHEZ DUQUE, L. M^a: “Artículo 22. Derecho de Circulación y Residencia”, en STEINER, C. y URIBE, P. (Coord.): *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, México (Suprema Corte de Justicia de la Nación, Konrad Adenauer Stiftung), 2014, pp. 531-551.

La libertad de circulación se reconoce, pues, exclusivamente, a “(t)oda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado”.

El Pacto reconoce a la existente Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la Comisión), órgano consultivo y autónomo de la OEA en materia de derechos humanos, creado en 1959, y, además, crea la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte). Ambas instituciones tienen competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes.

La Corte se ha pronunciado sobre el artículo 22 en diversos asuntos⁴⁷, y ha reiterado su jurisprudencia en el caso *Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*, en su sentencia de 27 de noviembre de 2008 (*Fondo, Reparaciones y Costas*)⁴⁸, en los siguientes términos:

...esta Corte ha señalado en su jurisprudencia previa que el derecho de circulación y de residencia, establecido en el artículo 22.1 de la Convención, es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona. Dicho artículo contempla *inter alia*, lo siguiente: a) el derecho de quienes se encuentren legalmente dentro de un Estado a circular libremente en él y escoger su lugar de residencia...

Así pues, la Corte reitera que la libertad de circulación sólo puede considerarse un derecho de “quienes se encuentren legalmente dentro de un Estado”.

4. El sistema de la Organización de la Unidad Africana y la Unión Africana: la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos de 1981 (Carta de Bánjul)

En la Organización de la Unidad Africana (OUA), hoy Unión Africana, los derechos civiles y políticos son el objeto específico de la Carta de Bánjul⁴⁹, que ha sido completada por dos Protocolos. El artículo 12 de la Carta dispone:

1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el interior de un Estado, siempre que cumpla las condiciones previstas por la ley.

La Carta guarda silencio sobre el derecho a acceder al territorio de un Estado, aunque reconoce la libertad de circulación en el interior de un Estado, de acuerdo con las condiciones previstas por la ley.

La Carta crea una Comisión Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos (la Comisión) “encargada de promover los derechos humanos y de los pueblos y de asegurar su protección en África” (artículo 30). La Comisión fue establecida en el mes de noviembre de 1987 y empezó a funcionar el 12 de junio de 1989⁵⁰. La misión de la

⁴⁷ Caso de la “Masacre de Mapiripán”, Caso de la Comunidad Moiwana, y Caso Ricardo Canese (V. texto en <http://www.corteidh.org.cr/docs/casos>).

⁴⁸ V. texto en <http://www.corteidh.org.cr/docs/casos>.

⁴⁹ V. la relación de los Estados Partes en <http://www.achpr.org/francais/ratifications>.

⁵⁰ V. ATANGANA AMOUGOU, J. L. : “La Commission Africaine des droits de l’homme et des peuples”, *Droits fondamentaux*, nº 1, 2001, en <http://www.droits-fondamentaux.org>.

Comisión ha sido reforzada con la creación de la Corte Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, en virtud del Protocolo de 10 de junio de 1998 (la Corte)⁵¹; la Corte se constituyó en el mes de junio de 2006.

La Comisión Africana interpretó el artículo 12 de la Carta en la Comunicación N° 159/96(1997) *Union Inter Africaine des Droits de l'Homme, Federation Internationale des Ligues des Droits de l'Homme and Others v. Angola*⁵², en la Comunicación N° 225/98(2000) *Huri-Laws v. Nigeria*⁵³, en la Comunicación N° 239/99(2000) *John FD.Ouko v. Kenya*⁵⁴, y en las Comunicaciones Nos. 222/98 y 229/99(2003)⁵⁵.

En la Comunicación N° 159/96(1997), la Comisión ha reconocido expresamente la competencia del Estado en materia de entrada de extranjeros. Esta competencia se pone de manifiesto especialmente en las restricciones a la libertad de circulación de los pueblos nómadas. El Grupo de trabajo de la Comisión sobre los Pueblos Autóctonos ha denunciado que muchos Estados africanos, por ejemplo Argelia, invocan el principio de inviolabilidad de las fronteras para impedir a los nómadas que se encuentran en diversos países africanos el acceso a los recursos naturales que están en países diferentes⁵⁶. Así las cosas, puede afirmarse que en el sistema africano de protección de los derechos humanos, la admisión de extranjeros pertenece a la esfera de la competencia discrecional del Estado.

5. Instrumentos de la Liga Árabe: la Carta Árabe de Derechos Humanos de 22 de mayo de 2004

La Carta Árabe de Derechos Humanos (la Carta) es el resultado de los esfuerzos realizados durante más de treinta años para redactar y adoptar un tratado sobre los derechos humanos de los países árabes. El tratado fue finalmente adoptado el 22 de mayo de 2004, durante la 26ª Cumbre de la Liga Árabe⁵⁷.

⁵¹ V. texto en http://www.achpr.org/files/instruments/court-establishment/achpr_inst_proto_court_eng.pdf. El Protocolo entró en vigor el 25 de enero de 2004 (v. <http://www.achpr.org/files/instruments/court-establishment/ratification>). Sobre la Corte v. Association pour la prévention de la torture: *La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*, Ginebra, noviembre de 1999, en <http://www.apt.ch>, y ATANGANA AMOUGOU, J. L.: «Avances et limites du système africain de protection des droits de l'homme: la naissance de la Cour Africaine des droits de l'homme et des peuples», *Droits fondamentaux*, n° 3, 2003, en: <http://www.droits-fondamentaux.org>.

⁵² V. texto en <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/159-96.html>.

⁵³ V. texto en <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/225-98.html>.

⁵⁴ <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/232-99.html>.

⁵⁵ <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/22-98.html>.

⁵⁶ KORIR SING'OEI: *Manuel sur la promotion et protection des populations/communautés autochtones à travers le système africain des droits de l'homme*, Copenhague (Eks-Skolens Trykeri), sin fecha, pp. 20-21.

⁵⁷ RIHMAWI, M.: "The Revised Arab Charter on Human Rights: A Step Forward?" *Human Rights Law Review* 2005-5, pp. 361-376. Según la fuente que se consulte, la Carta entró en vigor el 15 de enero de 2008, el 22 de enero de 2008 o el 15 de marzo de 2008; v. relación de Estados partes en *NGO Law Monitor: League of Arab States*, 10 de agosto de 2015, en <http://www.icnl.org/research/monitor/las.html>.

La libertad de circulación está contemplada en los artículos 26 y 27 de la Carta. El artículo 26, en particular, dispone:

- a. Toute personne qui se trouve légalement sur le territoire d'un État partie jouit de la liberté de circuler et choisit librement son lieu de résidence, où que ce soit sur ce territoire dans le respect des lois en vigueur.

Un vez más, en el texto de un tratado internacional, el derecho a circular libremente se reconoce solo a las personas que se encuentran legalmente en el territorio de un Estado parte.

En la Carta se establece un órgano de control del cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados: el Comité árabe de derechos humanos⁵⁸, cuya función es examinar los informes que los Estados partes deben remitirle periódicamente. Además, el 13 de setiembre de 2013, el Consejo de la Liga Árabe (*Ministerial Council of the League of Arab States*) decidió establecer la Corte Árabe de Derechos Humanos, cuyo Estatuto fue aprobado por aquel Consejo, el 7 de setiembre de 2014⁵⁹. Sobre la base del consentimiento de los Estados, el Estatuto reconoce el *ius standi* de las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos. Con todo, no nos consta que ninguno de estos órganos se haya pronunciado sobre la libertad de circulación.

6. Instrumentos de la Asociación de Estados del Sureste Asiático: la Declaración de Derechos Humanos de la ASEAN de 2012⁶⁰.

El 18 de noviembre de 2012, los Estados miembros de la Organización de Estados del Suresre Asiático (ASEAN)⁶¹ adoptaron la Declaración de Derechos Humanos de la ASEAN⁶². En el artículo 15 se enuncia la libertad de circulación en el interior del Estado:

⁵⁸ Sobre este Comité v. El HAIJÉ, O.: "Le Comité árabe des droits de l'homme", en ZANGHÌ, C., BEN ACHOUR, O. (ed.): *La Nouvelle Charte Arabe des droits de l'homme*, Turín (Giappichelli), 2005, pp. 503-510. El Comité fue establecido en el mes de marzo de 2009 (FIDH-International Federation for Human Rights ICJ-International Commission of Jurists: *Proposed Arab Court of Human Rights: Rewind the process and get it right*, marzo de 2014).

⁵⁹ El Estatuto es un tratado internacional; v. texto en: International Commission of Jurists: *The Arab Court of Human Rights: A Flawed Statute for an Ineffective Court*, Ginebra (International Commission of Jurists), 2015, en <http://www.icj.org>. La doctrina internacionalista ha criticado la creación de esta Corte porque no respeta los estándares internacionales generalmente aceptados en la materia (v. *Ibid.*, y STORK, J.: "New Arab Human Rights Court is Doomed from the Start", *International Business Times*, 26 de noviembre de 2014, en <https://www.hrw.org/news/2014>).

⁶⁰ En el mes de julio de 2009, la 42ª Reunión Ministerial de los miembros de la ASEAN adoptó el Estatuto de la Comisión Intergubernamental de Derechos Humanos de la ASEAN (v. texto en www.aich.org); el Estatuto entró en vigor el 7 de abril de 2010. La Comisión recibió el encargo de desarrollar estrategias para la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en Asia, en concreto, de preparar la declaración de derechos humanos de la Organización, que adoptaron los Estados en 2012 (BOU FRANCH, V. CASTILLO DAUDÍ, M.: *Derecho internacional de los derechos humanos...cit.*, pp. 309-312).

⁶¹ V. relación de Estados miembros en <http://www.aseansec.org>.

⁶² V. texto en www.humanrights.ch.

Every person has the right to freedom of movement and residence within the borders of each State. Every person has the right to leave any country including his or her own, and to return to his or her country.

Según se declara en el preámbulo, la Declaración no es un instrumento jurídico vinculante sino un marco para la cooperación en materia de derechos humanos en la región. En consecuencia, la afirmación contenida en el artículo 15 carece de efectos obligatorios.

Recapitulando las reflexiones anteriores se puede afirmar que la interpretación de los diversos instrumentos pone de manifiesto que el Derecho internacional no reconoce la libertad de circulación, con carácter general, es decir, como un derecho de toda persona. Por el contrario, todos los instrumentos jurídicamente obligatorios reafirman la competencia discrecional del Estado en materia de entrada de extranjeros. En conclusión, aparentemente existe un derecho individual a circular libremente, a salir libremente de cualquier país, un “derecho a emigrar” pero no existe el derecho que sería su corolario⁶³, su consecuencia lógica: el “derecho a inmigrar” al territorio de un Estado extranjero⁶⁴, porque cada Estado decide soberanamente acerca de la entrada de extranjeros en su territorio. Podemos ilustrar este estado de cosas citando las reflexiones del Juez A.A. Cançado Trindade, en su Voto Concurrente a la *Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de setiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*:

A pesar de encontrarse hoy día reconocido el derecho a *emigrar*, como corolario del derecho a la libertad de movimiento, los Estados todavía no han reconocido el derecho correlato de *inmigrar*, creando así una situación que ha generado incongruencias y arbitrariedades...al perpetuar, de ese modo, las incertidumbres e inconsistencias, los Estados responsables por esta situación han dejado de actuar a la altura de sus responsabilidades como sujetos del Derecho Internacional el *derecho de gentes*. Y han creado más problemas tanto para numerosos individuos directamente afectados como, en última instancia, para sí mismos, al contribuir indirectamente para la formación de inmigrantes “ilegales”.

IV. LIMITACIONES A LA COMPETENCIA DISCRECIONAL DEL ESTADO EN MATERIA DE ENTRADA DE EXTRANJEROS

La realidad jurídica del “derecho a inmigrar” no es tan pesimista como parece deducirse de las anteriores consideraciones; la competencia discrecional del Estado respecto de la admisión de extranjeros en su territorio está sujeta a algunas limitaciones que se derivan del Derecho internacional.

⁶³ V. TORRES MORENO; V.: “La Migración en el Sistema interamericano de derechos humanos”, 122 *Universitas*, 2011, pp. 41-76.

⁶⁴ CARLIER, J.Y.: *Existe-t-il un droit à la migration?*, <http://archives.cerium.ca>.

En efecto, ya el 7 de febrero de 1923, la Corte Permanente de Justicia Internacional, en su dictamen sobre los *Decretos de nacionalidad de Tunez y Marruecos*⁶⁵, declaró:

Au fins du présent avis, Il suffit de remarquer qu'il se peut très bien que, dans une matière qui, comme celle de la nationalité, n'est pas, en principe, réglée par le droit international, la liberté de l'État de disposer de son gré soit néanmoins restreinte par des engagements qu'il aurait pris envers d'autres États. En ce cas, la compétence de l'État, exclusive en principe, se trouve limitée par des règles de droit international...

En el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el 23 de febrero de 2012, en la sentencia sobre el asunto *Hirsi Jamaa et Autres c. Italie*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó:

Selon la jurisprudence constante de la Cour, les États contractants ont, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux des traités, y compris de la Convention, le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux...

Cependant, l'expulsion, l'extradition ou toute autre mesure d'éloignement d'un étranger par un État peut soulever un problème au regard de l'article 3 de la Convention⁶⁶ et donc engager la responsabilité de l'État en cause au titre de la Convention, lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si l'on l'expulse vers le pays de destination y courra un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à l'article 3. Dans ce cas, l'article 3 implique l'obligation de ne pas expulser la personne en question vers ce pays...

Por lo que se refiere al Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, en la Observación general n° 15, de 1996⁶⁷, el Comité de Derechos Humanos, afirma lo siguiente:

El Pacto no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado Parte ni de residir en él. En principio, corresponde al Estado decidir a quién ha de admitir en su territorio. Sin embargo, en determinadas circunstancias, un extranjero puede acogerse a la protección del Pacto incluso respecto de cuestiones de ingreso o residencia, por ejemplo, cuando se plantean consideraciones de no discriminación, de prohibición de trato inhumano y de respeto de la vida de la familia.

Por último, en relación con el Pacto de San José, en el *Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas Vs. República Dominicana*, sentencia de 28 de agosto de 2014 (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*), la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó:

En materia migratoria, la Corte ha señalado que, en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana. Es decir, si bien los Estados guardan un ámbito

⁶⁵ Cour Permanente de Justice Internationale, *Série B. Recueil des avis consultatifs. Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, le 7 février 1923, <http://www.icj-cij.org>.

⁶⁶ El artículo 3 del Convenio establece la prohibición de la tortura.

⁶⁷ *La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, v. texto en tbinternet.ohchr.org.

de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes.

La doctrina reconoce asimismo la existencia de limitaciones a la competencia discrecional del Estado⁶⁸.

Así pues, en principio, se puede afirmar que, la competencia del Estado en materia de entrada de extranjeros puede resultar limitada por el Derecho internacional, y verse así obligado a permitir la entrada de éstos y a acogerlos en su territorio. Analicemos, pues, si consideraciones humanitarias han hecho posible el nacimiento de determinadas limitaciones, derivadas de obligaciones en materia de protección internacional, a aquella competencia discrecional. En concreto, esas limitaciones podrían derivar de un hipotético derecho de asilo, resultar de normas convencionales, en particular, de la prohibición del *refoulement*, o de reglas generales del Derecho internacional general, en concreto, del principio de *non refoulement*.

1. ¿Limitaciones derivadas del derecho de asilo?

En 1950, en su reunión de Bath, el Institut de Droit International definió el asilo como “la protección que un Estado concede en su territorio o en cualquier otro lugar sometido a su jurisdicción a una persona que lo solicita”⁶⁹.

En algunos instrumentos internacionales, de diversa naturaleza jurídica, el asilo aparece enunciado como un *derecho humano*. Así sucede en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en el Pacto de San José de 1969, en la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos de 1981, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 y 2007, en la Carta Árabe de Derechos Humanos de 2004 y en la Declaración de Derechos Humanos de la ASEAN de 2012.

En el sistema de protección de los derechos humanos vinculado al Consejo de Europa, ni el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos de 1950 ni sus Protocolos reconocen el derecho de asilo. Así lo ha subrayado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 26 de setiembre de 1991, relativa al caso *Vilvarajah and Others v. The United Kingdom*⁷⁰:

⁶⁸ V. RICART; L. T.: “Artículo 22. Derecho de Circulación y Residencia” cit., TORRES MARENCO, V.: “La migración en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Universitas*, Bogotá (Colombia) N° 122, enero-junio 2011, pp. 41-76, y UPRIMNY YEPES, R., SÁNCHEZ DUQUE, Mª L.: “Artículo 22. Derecho de Circulación y Residencia” cit.

⁶⁹ V. texto en *The American Journal of International Law*, Vol. 45.No.2, *Supplement: Official Documents* (Apr., 1951), pp.15-23; *Institute of International Law: Resolutions Adopted at its Bath Session*, September, 1950, <http://www.jstor.org>.

⁷⁰ Con todo, el Tribunal Europeo de Derechos humanos ha tenido ocasión de conocer de diversos asuntos relacionados con peticiones de asilo; en relación con tales casos, en la sentencia de 21 de enero de 2011, *Case of M. S. S. v. Belgium and Greece*, el Tribunal ha precisado lo siguiente: “*In cases concerning the expulsion of asylum-seekers the Court has explained that it does not itself examine the actual asylum applications...Its main concern is whether effective guarantees exist that protect the applicant against*

102. La Cour rappelle d'emblée que les Etats contractants ont, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités y compris l'article 3 (art. 3), le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux (arrêt Moustaquim du 18 février 1991, série A n° 193, p. 19, par. 43, avec les références).

Elle note aussi que ni la Convention ni ses Protocoles ne consacrent le droit à l'asile politique, ce que confirment diverses recommandations de l'Assemblée du Conseil de l'Europe (recommandation 293 (1961), Textes adoptés, 30e sesión ordinaria, 21-28 septembre 1961, et recommandation 434 (1965), Annuaire de la Convention, 1965, vol. 8, pp. 56-57) ainsi qu'une résolution et une déclaration ultérieures du Comité des Ministres (résolution 67 (14), Annuaire de la Convention, 1967, vol. 10, pp. 104-105, et déclaration relative à l'asile territorial, adoptée le 18 novembre 1977, Recueil de textes, édition de 1987, p. 202).

El Tribunal ha reiterado su jurisprudencia en su sentencia de 28 de junio de 2011, *Case of Sufi and Elmi v. The United Kingdom*:

The right to political asylum is also not contained in either the Convention or its Protocols...

En algunos instrumentos internacionales, el derecho al asilo es jurídicamente exigible en los términos enunciados en cada uno de ellos; así sucede en los casos en que ese derecho está reconocido en instrumentos que establecen mecanismos de garantía del cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estados; tal es el caso de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y sus documentos conexos, del Pacto de San José de 1969, de la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos de 1981 y de la Carta Árabe de Derechos Humanos de 22 de mayo de 2004. En otros casos, el reconocimiento del derecho es puramente nominal, no solo por la naturaleza jurídica del instrumento que lo afirma sino también porque no se instituyen mecanismos de control: así sucede en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y en la Declaración de Derechos Humanos de la ASEAN. La voluntad política de los Estados o del órgano que la adoptó no ha querido ir más allá. Así las cosas, cabe preguntarse si la competencia del Estado en materia de entrada de extranjeros, en determinados casos, puede resultar limitada por su obligación de conceder asilo, tal como se examina a continuación.

A) El asilo en el ámbito de la OEA: la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969

En el artículo XXVII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre se afirma:

Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales⁷¹.

arbitrary refoulement, be it direct or indirect, to the country from which he or she has fled (see, among other authorities, T.I. v. the United Kingdom (dec.), no. 43844/98, ECHR 2000-III...)

⁷¹ Sobre este tema v.: MANLY, M.: "La consagración del asilo como un derecho humano: Análisis comparativo de la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en: FRANCO, L. (coord.): *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina*:

En esta disposición se reconoce por primera vez, en un instrumento internacional, el asilo como derecho humano.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado el sentido y alcance de esta disposición en su Informe nº 51/96⁷², de 13 de marzo de 1997:

151. Es conveniente comenzar con un análisis del artículo XXVII de la Declaración Americana, que se titula "Derecho de asilo". El artículo expresa dos criterios que son de orden acumulativo y ambos deben ser satisfechos para que exista el derecho. El primero, es que el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero debe "...ser de acuerdo con la legislación de cada país...", vale decir del país en el que se procura el asilo. El segundo, es que el derecho de buscar asilo en territorio extranjero debe ser "...de acuerdo con los convenios internacionales".

153. La naturaleza acumulativa de los dos criterios expresados en el artículo XXVII resulta en que, si el derecho se establece en la legislación internacional, pero no se constituye en la legislación nacional, no es un derecho reconocido por el artículo XXVII de la Declaración.

155. La Comisión pasará a referirse al aspecto de la aplicación de los dos criterios y encarará, en primer lugar, el que se refiere a "los convenios internacionales". Los convenios internacionales pertinentes son la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre la situación de los refugiados... En la Convención se definen ciertos criterios para calificar a una persona de "refugiado". En opinión de la Comisión la legislación internacional ha evolucionado a un nivel en el que se reconoce el derecho de audiencia de una persona que busca refugio para determinar si cumple con lo previsto en la Convención.

158...el artículo XXVII de la Declaración Americana...el efecto acumulativo de los dos criterios contenidos en este último establece que, para que exista el derecho a buscar y recibir asilo en territorio extranjero, debe estar de acuerdo no sólo con los convenios internacionales sino, también, con la legislación del país en que se procura asilo.

162...el artículo XXVII prevé el derecho de buscar y recibir asilo en "territorio extranjero..."

La Comisión ha reiterado su interpretación anterior en el Informe Nº 48/01⁷³, de 4 de abril de 2001, estableciendo la conexión entre el derecho de asilo y la condición de refugiado:

171 ... el Artículo XXVII de la Declaración Americana según el cual "toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales... La Comisión ha interpretado... esta disposición conjuntamente con la Convención de 1951 relativa a la Condición de Refugiado y el Protocolo de 1967 en relación con la Condición de Refugiado, en el sentido de que da lugar a un derecho en el derecho internacional, para las personas que buscan refugio, a una audiencia para determinar si reúne las condiciones de refugiado...

Análisis crítico del dualismo "asilo refugio" a la luz del Derecho internacional de los Derechos Humanos, ACNUR, San José de Costa Rica (Editorama), 2004, pp. 126 y sig., www.cortheidh.org.cr.

⁷² Decisión de la Comisión en cuanto al Mérito del Caso 10.675 Estados Unidos, 13 de marzo de 1997, en <https://www.cidh.oas.org/annualrep/96span/EEUU10675.htm>.

⁷³ Caso 12.067, *Michael Edwards*, Caso 12068, *Omar Hall*, Caso 12.086, *Brian Schroester y Jerónimo Bowleg*, *Bahamas* 4 de abril de 2001, en <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/LasBahamas/12067.htm>.

En el Informe No. 78/11 Caso 12.586 Fondo *John Doe v. Canada*, de 21 de julio de 2011, la Comisión interamericana precisó el alcance de los criterios enunciados en el artículo XXVII de la Declaración:

90...La Comisión ha sostenido que el artículo XXVII asegura al solicitante de asilo por lo menos un mínimo de tiempo para ser oído en una audiencia para determinar su condición de refugiado⁷⁴...

92...El derecho a buscar asilo requiere que una persona sea oída para ver si se encuentra en riesgo de persecución –es el acto de oír a una persona lo que implementa el elemento más fundamental del derecho a buscar asilo-...

94...cada Estado Miembro tiene la obligación de asegurar que cada solicitante de refugio tiene el derecho a procurar asilo en un territorio extranjero, ya sea este su propio territorio o el territorio de un tercer país al cual el Estado Miembro haya deportado al solicitante. En la medida en que las leyes de refugiados del tercer país contengan impedimentos legales para que un solicitante determinado pida asilo, el Estado Miembro no podrá expulsar al demandante al tercer país...⁷⁵.

La Comisión, pues, reconoce el derecho de buscar y recibir asilo, de acuerdo con la legislación de cada país y de acuerdo con los Convenios internacionales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte), en su sentencia de 25 de noviembre de 2013, *caso Familia Pacheco Tineo VS. Estado Plurinacional de Bolivia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, afirma que "...la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948...incluyó el derecho de asilo en su Artículo XXVII, el cual conllevó al reconocimiento de un derecho individual de buscar y recibir asilo en las Américas". Así las cosas, la Corte parece interpretar el derecho de asilo enunciado en la Declaración en un sentido más amplio del que resulta de los informes de la Comisión.

La Convención Americana de Derechos y Deberes del Hombre, por su parte, dispone en su artículo 22.7:

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 que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.

A pesar de las semejanzas existentes entre el enunciado de esta disposición y el artículo XXVII de la Declaración Americana, la interpretación del Pacto, que es un tratado internacional, debe realizarse de acuerdo con las reglas del Derecho de los Tratados. En

⁷⁴ De conformidad con los criterios fijados por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, en el *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, párrafos 189-219.

⁷⁵ La Comisión precisa, además, que "para asegurar que está protegido el derecho de un solicitante a pedir asilo conforme al artículo XVII, antes de enviar al solicitante a un tercer país, el Estado Miembro deberá realizar una evaluación individualizada del caso del refugiado, tomando en consideración todos los hechos conocidos del reclamo a la luz de las leyes de refugiados del tercer país. Si hubiere alguna duda sobre la posibilidad del solicitante de buscar asilo en el tercer país, el Estado Miembro no podrá enviar al reclamante a ese tercer país".

cuanto regla convencional, esta disposición ha sido interpretada tanto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la Comisión) como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte).

La Comisión interpretó el artículo 22.7 del Pacto en el Informe No. 136/11⁷⁶, recordando su “jurisprudencia” anterior⁷⁷, contenida en el Informe No. 51/96, *Interdicción de Haitianos en alta Mar- Haitian Boat People*, Estados Unidos y en el Informe No. 24/11, *John Doe et al. Canadá*. En el Informe No. 136/11, la Comisión subraya que el artículo 22.7 de la Convención trae a colación los convenios internacionales, a saber, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967⁷⁸. La Comisión destaca también que “si bien el derecho de asilo establecido en el artículo 22.7 de la Convención Americana no garantiza que será reconocido el estatuto de refugiado, lo que sí se requiere es que el solicitante de asilo sea oído con las debidas garantías durante el procedimiento respectivo”:

138 ...el derecho a buscar y recibir asilo no contiene una garantía del que el mismo será otorgado. Sin embargo, este derecho contemplado en el artículo 22.7 de la Convención Americana de Derechos Humanos exige que el peticionario sea oído al presentar la solicitud...

140. Específicamente, la Comisión ha establecido que el derecho a buscar asilo necesariamente requiere que los solicitantes tengan la oportunidad de presentar su solicitud eficazmente ante una instancia plenamente competente para tomar decisiones. Esta autoridad debe ser, además, independiente e imparcial y contar con la idoneidad y entrenamiento suficientes para establecer los hechos pertinentes e interpretar y aplicar las normas respectivas...

145. En resumen, a la luz de la Convención Americana, las personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado y que se encuentren en el marco de un proceso relativo a la determinación de la condición de refugiados, deben contar con algún nivel de protección judicial frente a posibles violaciones del derecho a buscar y recibir asilo, así como del principio de devolución, ambos protegidos por la misma Convención.

La Corte también se ha pronunciado recientemente sobre la interpretación del artículo 22.7 del Pacto, en su sentencia de 25 de noviembre de 2013, *caso Familia Pacheco Tineo VS. Estado Plurinacional de Bolivia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*:

142. El artículo 22.7 de la Convención expresa dos criterios de orden acumulativo para la existencia o ejercicio de ese derecho: a) “de acuerdo con la legislación de cada país...”, es decir del país en el que se procura el asilo; y b) “...de acuerdo con los convenios internacionales”...

159. La Corte considera que, de conformidad con las garantías establecidas en los artículos 8, 22.7, 22.8 y 25 de la Convención, y tomando en cuenta las directivas y criterios de la ACNUR, las personas solicitantes de asilo deben tener acceso a procedimientos para la determinación de tal condición, que permitan un correcto examen de su solicitud, de

⁷⁶ Caso 12.474 Fondo Familia Pacheco Tineo Bolivia 31 de octubre de 2011 en www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9546.

⁷⁷ Sobre la “jurisprudencia” de la Comisión v.: CANTOR, D.J. & BARICHELLO, S.E.: “The Inter-American human rights system: a new model for integrating refugee and complementary protection?”, *The International Journal of Human Rights*, 2013, vol. 17, Nos. 5-6, 689-706, www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/13642987.2013.825077.

⁷⁸ La doctrina (v. los autores citados por MANLY, S.E. en: “La consagración del asilo como un derecho humano...” cit., p. 153-154), sin embargo, considera que, en el artículo 22.7 del Pacto, el sentido de la expresión “los convenios internacionales” no está clara.

acuerdo con garantías contenidas en la Convención Americana y en otros instrumentos internacionales aplicables que...implican las siguientes obligaciones para los Estados:
a) deben garantizarse al solicitante las facilidades necesarias, incluyendo los servicios de un intérprete...así como...el acceso a asesoría...legal, para someter su solicitud ante las autoridades...; b) la solicitud debe examinarse con objetividad, en el marco del procedimiento establecido al efecto...lo cual requiere la realización de una entrevista personal; c) las decisiones que se adopten deben estar fundamentadas en forma expresa....

Finalmente, la Corte concluye reiterando que “el artículo 22.7 de la Convención Americana no asegura que deba reconocerse el estatuto de refugiado a la persona solicitante, pero sí que su solicitud debe tramitarse con las debidas garantías”.

Esta jurisprudencia pone de manifiesto que tanto la Comisión como la Corte identifican el derecho de asilo con la determinación de la condición de refugiado. De hecho, en el caso *Familia Pacheco Tineo*, la Corte declaró expresamente que los refugiados y asilados solicitantes de ese estatuto “están protegidos contra la devolución como una modalidad específica de asilo bajo el artículo 22.8 de la Convención, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el Estado de que se trate, y como un componente integral de la protección internacional de los refugiados...”.

La doctrina⁷⁹, por su parte, mantiene que “la transformación del asilo...a un derecho humano no se ha consolidado... Los Estados latinoamericanos no han adecuado sus prácticas en materia de asilo a lo dispuesto por la Convención Americana...Estas decisiones se toman...en base a las convenciones latinoamericanas de asilo las cuales...no reconocen el asilo como un derecho de la persona sino como una potestad soberana del Estado⁸⁰”.

B) El asilo en el ámbito de las Naciones Unidas

En la ONU, el derecho de asilo está reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; asimismo, el tema del asilo ha sido objeto de consideración específica en el seno de la Asamblea General y de una Conferencia internacional convocada al efecto.

El artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma:

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”

Hay que recordar que la Declaración Universal carece de fuerza vinculante, por lo tanto el reconocimiento del derecho de asilo no genera obligaciones para los Estados.

⁷⁹ MANLY, M.: “La consagración del asilo como un derecho humano...cit., pp. 158-159.

⁸⁰ V., por ejemplo, artículo I de la Convención sobre Asilo Territorial de 28 de marzo de 1954: “Todo Estado tiene derecho, en ejercicio de su soberanía, a admitir en su territorio a las personas que juzgue conveniente, sin que por el ejercicio de este derecho ningún otro Estado pueda hacer reclamo alguno” (v. texto en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados>).

Tras la aprobación de la Declaración Universal, la cuestión del asilo continuó estando de actualidad y se planteó su estudio en el seno de diversos órganos de las Naciones Unidas: en la Comisión de Derechos Humanos, en 1956, y, en 1958, en la Sexta Comisión de la Asamblea General, en 1959, y en la Comisión de Derecho Internacional, incluyéndose en su programa de trabajo futuro, en 1962⁸¹; la Comisión de Derecho Internacional nunca llegó a abordar el tema⁸². La cuestión del asilo fue también debatida ampliamente en la Tercera Comisión de la Asamblea General, en 1962.

En 1965, la Asamblea General decidió asignar el asunto a la Sexta Comisión, que estableció un grupo de trabajo para que preparara una resolución sobre la materia; en 1967, la Sexta Comisión concluyó su trabajo y remitió a la Asamblea General su “proyecto de Declaración sobre el Asilo Territorial”. Tras un breve examen en el plenario, la Asamblea General aprobó por unanimidad la resolución 2312 (XXII) Declaración sobre el Asilo Territorial, el 14 de diciembre de 1967.

La Declaración “tiene presente” el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos pero no reconoce el derecho de asilo como un derecho humano, limitándose a recomendar que “los Estados se inspiren, en su práctica relativa al asilo territorial”, en los principios en ella enunciados. La finalidad humanitaria de la Declaración se pone de manifiesto en el artículo 2, al declarar que la situación de las “personas que tengan justificación para invocar el artículo 14 de la Declaración Universal” (artículo 1.1) “interesa a la comunidad internacional...”, y, en el artículo 3.1., al declarar que ninguna de tales personas “será objeto de medidas tales como la negativa de admisión en la frontera o, si hubiera entrado en el territorio en que busca asilo, la expulsión o la devolución obligatoria a cualquier Estado donde pueda ser objeto de persecución”.

La Declaración sobre el Asilo Territorial tampoco tiene valor obligatorio, es una recomendación de valor persuasivo⁸³.

En 1971 y 1972, bajo los auspicios de la Dotación Carnegie para la Paz Internacional, en consulta con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, un grupo de expertos preparó un proyecto de convenio sobre el asilo territorial⁸⁴, que se debatió en la Tercera Comisión de la Asamblea General, en 1972. El 9 de diciembre 1975, la Asamblea General solicitó al Secretario General de la ONU, en consulta con el Alto Comisionado, que convocara una conferencia de plenipotenciarios sobre el asilo territorial del 10 de enero al 4 de febrero de 1977⁸⁵, para examinar y aprobar una

⁸¹ El tema del asilo figuraba ya en la lista provisional de asuntos susceptibles de codificación elaborada por la Comisión de Derecho Internacional, en 1949 (v. Document: A/CN.4/13 and Corr. 1-3 *Report of the International Law Commission on the work of its first Session, 12 April 1949*, Official Records of the General Assembly, Fourth Session, Supplement No. 10, p. 280, en legal.un.org).

⁸² GOODWIN-GILL, G. S.: *La Declaración sobre el Asilo Territorial de 1967*, 2012, en www.un.org/law/avl.

⁸³ V. GOODWIN-GILL, G. S.: *La Declaración sobre el Asilo Territorial de 1967*, cit., p. 6.

⁸⁴ V. WEIS, P.: “The Draft United Nations Convention on Territorial Asylum”, *The British Yearbook of International Law*, vol. 50, 1979, Issue 1, pp. 151-171.

⁸⁵ V. resolución 3456 (XXX) de la Asamblea General. Elaboración de un proyecto de convención sobre el asilo territorial.

convención sobre el asilo territorial. La Conferencia de Naciones Unidas sobre Asilo Territorial, se celebró en Ginebra, durante los meses de enero y febrero de 1977, pero fue un rotundo fracaso⁸⁶.

Así las cosas, puede afirmarse que en el ámbito universal, el individuo no puede invocar frente al Estado la existencia de un derecho de asilo.

C) El asilo en la Unión Africana: la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos de 1981

El artículo 12.3 de la Carta de Banjul dispone:

Toda persona tiene derecho, en caso de persecución, a buscar y a recibir asilo en territorio extranjero, conforme a la ley de cada país y a las convenciones internacionales”.

Una vez más, esta disposición sigue el modelo de otros instrumentos jurídicos y hace depender el derecho al asilo de la concurrencia de dos condiciones: “la ley de cada país” y “las convenciones internacionales”⁸⁷.

El Protocolo a la Carta Africana sobre Derechos del Hombre y de los Pueblos sobre los Derechos de la Mujer en África de 11 de julio de 2003⁸⁸, completa esta regla con la que enuncia el artículo 11.3, según el cual “States Parties undertake to protect asylum seeking women...against all forms of violence, rape and other forms of sexual exploitation...”⁸⁹.

La Comisión Africana de los Derechos del Hombre y de los pueblos ha declarado que esta disposición “should be read as including a general protection of all those who are subject to persecution, that they may seek refuge in another State”.

⁸⁶ BOED, R.: “The State of the Rights of Asylum in International Law”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 51, pp.1-34, en scholarship.law.duke.edu; v. también: Report of the United Nations Conference on Territorial Asylum, The Conference 1977, UN Doc A/CONF.78/12, Geneva, 1977.

⁸⁷ Sobre este tema v.: ABASS, A., MYSTRIS, D.: “The African Union Legal Framework for Protection Asylum Seekers”, en: ABASS, D., IPPOLITO, F. (ed.): *Regional Approaches to the Protection of Asylum Seekers. An International Legal Perspective*, Burlington (Estados Unidos) (Ashgate), 2014, pp. 19-44 y *Organisation Mondiale Contre La Torture c. Rwanda, African Commission on Human and People’s Rights, Comm. Nos 27/89, 46/91, 99/93 (1993)*, en <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases>.

⁸⁸ V. texto en www.au.int/en/sites/default/files/treaties/7783-file-protocol_on_the_rights_of_women.pdf; v. relación de Estados Partes en: www.au.int/en/sites/default/files/treaties/7783-sl-protocol_to_the_african_charter_on_human_and_peoples_rights_on_the_rights_of_women_in_africa_12.pdf.

⁸⁹ Sobre este tema v.: BEKKER, G.: “The protection of asylum seekers and refugees within the African regional human rights system”, *African Human Rights Law Journal* (2013) 13 *AHRLJ* 1-29, en <http://www.ahrlj.up.ac.za>, y WALLACE, R.: “The Protection of Asylum Seekers with Particular Reference to African Women: the Contribution to the Contemporary Jurisprudence”, en ABASS, A., IPPOLITO, F. (ed.): *Regional Approaches...cit.*, pp. 213-243.

D) El asilo en la Liga Árabe: la Carta Árabe de Derechos Humanos de 2004

El artículo 28 de la Carta Árabe de Derechos Humanos dispone:

Chacun a le droit de demander l'asile politique à un autre pays pour échapper à la persécution; ce droit ne peut être exercé par une personne qui fait l'objet de poursuites pour une infraction de droit commun. Il est interdit d'extrader des réfugiés politiques.

El tema del asilo en la Liga Árabe apenas ha sido objeto de consideración por la doctrina⁹⁰.

F) El asilo en la ASEAN: la Declaración de Derechos Humanos de 2012⁹¹

El artículo 16 de la Declaración dispone:

Every person has the right to seek and receive asylum in another State in accordance with the laws of such State and applicable international agreements.

Esta disposición responde al molde “clásico” del reconocimiento del derecho de asilo, “de acuerdo con el Derecho interno⁹² y los convenios internacionales aplicables”.

El continente asiático es la parte del mundo en la que hay más refugiados⁹³, demandantes de asilo y desplazados internos; sin embargo, tal como subraya el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, la mayor parte de los países del Sureste asiático carecen de los marcos jurídicos apropiados para resolver el problema e, incluso, algunos de ellos han intensificado las políticas restrictivas relativas al asilo. Así las cosas, los esfuerzos de armonización regional de la materia son muy complejas⁹⁴.

Con todo, hay que contar con la existencia de la Declaración de Derechos Humanos de la ASEAN de 2012, cuyo texto se ha transcrito; sin embargo, el poco tiempo

⁹⁰ La escasa bibliografía encontrada y consultada es la siguiente: ELMADMAD, K.: *Asile et réfugiés dans les pays afro-arabes*, (EDDIF) Casablanca, 2001, KHALLAF, S.: “Displacement in the Middle East and North Africa: Between an Arab Winter and the Arab Spring”, *International Affairs, Working Papers Series#17, Beirut, August 2013* y The Law Library of Congress, Global Research Center: *Legal Status of Refugees: Egypt, Jordan, Lebanon, and Irak*, December 2013.

⁹¹ Sobre este tema v.: PETCHARAMESREE, S.: “ASEAN and its approach to forced migration issues”, *International Journal of Human Rights*, 2015, <http://dx.doi.org>.

⁹² Según el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, la mayor parte de los Estados del Sureste Asiático carecen de Derecho interno en la materia: UNHCR – South-East Asia: **2015 UNHCR subregional operations profile-South-East Asia**, <http://www.unhcr.org>. La doctrina, por su parte, habla de la existencia de un vacío jurídico en la materia: NETHERY; A.: “Asia’s Refugee Policy Vacuum”, *The Diplomat*, 27 de agosto de 2015, <http://thediplomat.com/2015>.

⁹³ KNEEBONE, S.: “ASEAN and the Conceptualization of Refugee Protection in Southeastern Asian States”, en: ABASS, A., IPPOLITO; F. (ed.): *Regional Approaches...cit.*, pp. 295-322.

⁹⁴ LOPER, K.: “The Protection of Asylum Seekers in East Asian State Parties to the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol”, en ABASS, A., IPPOLITO, F. (ed.): *Regional Approaches...cit.*, pp. 347-376.

transcurrido desde la adopción de la Declaración no permite valorar su trascendencia práctica.

El análisis de los instrumentos anteriores⁹⁵, cuyo enunciado, en algunos casos, es muy parecido permite concluir, con carácter general, que, en el Derecho internacional no existe un derecho humano al asilo; en consecuencia, la competencia discrecional del Estado sobre la entrada de extranjeros no puede resultar limitada sobre la base del mismo. Con todo, en tanto en cuanto el asilo evoca una forma de protección, podemos centrarnos en este punto, es decir, en la existencia de un derecho a alguna forma de protección internacional⁹⁶, en caso de persecución.

La persona que se considere perseguida no puede solicitar ni recibir protección hasta que franquee las fronteras de un Estado distinto del propio o hasta que se someta a su jurisdicción; este Estado tiene que permitirlo y su decisión forma parte de su competencia discrecional...salvo que existan limitaciones impuestas por el Derecho internacional general o convencional.

Tales limitaciones impondrían al Estado la prohibición de rechazar al extranjero y la obligación de acogerle y protegerle. Esas restricciones a la competencia discrecional del Estado pueden resultar, en su caso, de la prohibición del *refoulement*, establecida en algunos convenios internacionales, o del principio de *non refoulement*⁹⁷, regla de Derecho internacional general.

2. Limitaciones derivadas de normas convencionales: la prohibición de expulsión y devolución (*refoulement*)

Algunas disposiciones convencionales aceptadas por los Estados, limitan su competencia en materia de entrada de extranjeros, prohibiéndole expulsar a las personas en las que concurren determinadas circunstancias; una de estas disposiciones es la que establece la prohibición de expulsión y devolución, llamada prohibición de *refoulement*.

La prohibición de *refoulement* fue enunciada por vez primera en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951⁹⁸, completada por el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 31 de enero de 1967⁹⁹.

⁹⁵ A esos instrumentos se puede añadir la La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (UE) de 2000 y 2007 (DOCE C 364, de 18 de diciembre de 2000), cuyo artículo 18 reconoce el derecho de asilo: Derecho de asilo. Esta disposición de la Carta ha sido perfilada y desarrollada en el Derecho derivado; el Tribunal de Justicia de la UE, por su parte, invocó el artículo 18 de la Carta en el su sentencia de 2 de marzo de 2010, asuntos C-175/08, C-176/08, C-178/08 y C-179/08.

⁹⁶ En el sentido de que la protección tiene su fuente en el Derecho internacional.

⁹⁷ Sobre este tema v.: CANTOR, D.J.: "Reframing Relationships: Revisiting the Procedural Standards for Refugee Status Determination in Lights of Recent Human Rights Treaty Body Jurisprudence", *Refugee Survey Quarterly*, 2015, 34, pp. 79-106.

⁹⁸ V. texto en <http://www1.umn.edu/humanrts>; v. relación de Estados partes en <http://www.ohchr.org>.

⁹⁹ V. texto en <http://www1.umn.edu/humanrts>; v. relación de Estados partes en <http://www.ohchr.org>.

La prohibición de expulsión y devolución, que inicialmente se refería sólo a los refugiados, fue adquiriendo progresivamente carta de naturaleza y se incluyó en algunos tratados internacionales de derechos humanos, a saber, en la Convención Americana de 1969 y en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o denigrantes de 10 de diciembre de 1984¹⁰⁰.

Sin embargo, en el sistema regional de protección de derechos humanos, vinculado al Consejo de Europa, que es el más avanzado de los existentes, ni el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ni sus Protocolos la contemplan expresamente. La prohibición de *refoulement* ha sido elaborada y construida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La prohibición de expulsión y devolución se ha incluido también en otros convenios internacionales que se refieren a diversas materias: en el Convenio de la Unión Africana sobre cuestiones relativas a los problemas de los Refugiados en África de 10 de setiembre de 1969¹⁰¹, en el Convenio y los Protocolos de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada, adoptados en Palermo en el año 2000, en algunos convenios sobre extradición y en determinados convenios en materia de terrorismo.

La Comisión de Derecho internacional ha incluido diversas disposiciones sobre la prohibición de expulsión y devolución en el Proyecto de artículos sobre la “Expulsión de extranjeros”, aprobado en los meses de junio y agosto de 2014.

Por último, hay que subrayar que la evolución del Derecho en esta materia ha generado asimismo la prohibición de ciertas prácticas adoptadas por los Estados contrarias a la prohibición.

A) La formulación de la prohibición de *refoulement*: la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967

La Convención de 1951 (la Convención) tiene por objeto regular el problema de los refugiados, asegurando su protección, “revisando y codificando los acuerdos internacionales anteriores referentes al estatuto de los refugiados y ampliar mediante un nuevo acuerdo la aplicación de tales instrumentos y la protección que constituyen para los refugiados” (preámbulo). El Protocolo sobre los Refugiados de 1967 (el Protocolo) se adoptó para completar la Convención, ampliando su ámbito de aplicación personal, incluyendo nuevas situaciones de refugiados surgidas desde que la Convención fue adoptada. La Convención y el Protocolo constituyen un “código universal” sobre la condición de los refugiados que han tenido que dejar sus países por el temor a ser

¹⁰⁰ V. texto en BOE de 9 de noviembre de 1987; v. relación de Estados partes, a 15 de diciembre de 2015, en <http://www.ohchr.org>.

¹⁰¹ V. texto y relación de Estados Partes en: <http://www.au.int>.

perseguidos, por un conflicto armado, por serias violaciones de derechos humanos u otras formas de daños graves¹⁰².

A efectos de la Convención y el Protocolo, el término “refugiado” se aplica 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 fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él” (artículo 1.2 de la Convención y artículo I.2 del Protocolo)¹⁰³.

La persona que responde a esta definición es un “refugiado”, con independencia de que un Estado lo reconozca como tal: tal reconocimiento es declarativo, no constitutivo; es decir, una persona no se convierte en “refugiado” porque sea reconocida como tal sino que se le reconoce como refugiado porque efectivamente lo es, porque responde a la definición anteriormente transcrita¹⁰⁴.

El Convenio y el Protocolo no incluyen disposición alguna sobre el procedimiento aplicable a la determinación de la condición de refugiado en cuanto tal; la forma de hacerlo es competencia del Estado¹⁰⁵. Los Estados Partes se obligan a cooperar en el ejercicio de sus funciones con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)¹⁰⁶ (artículo 35 del Convenio y artículo II del Protocolo).

El artículo 33 de la Convención, que se aplica también a los Estados Partes en el Protocolo de 1967¹⁰⁷, lleva por título “Prohibición de expulsión y devolución (*refoulement*)”, y dispone:

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

¹⁰² UNHCR the UN Refugee Agency: *Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status Under the 1951 Convention and 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees* Reissued, Geneva, December 2011.

¹⁰³ V. la interpretación de estas disposiciones en *Ibid.*

¹⁰⁴ UNHCR the UN Refugee Agency: *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its Protocol*, 2007, pp. 2 y sig.

¹⁰⁵ V. UNHCR the UN Refugee Agency: **Handbook and Guidelines...cit.**, reissued, December 2011, pp. 37 y sig.

¹⁰⁶ La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados fue establecida mediante la resolución 428 (V) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 14 de diciembre de 1950, en la que se incluye también su Estatuto.

¹⁰⁷ En virtud de lo dispuesto en el artículo I.1 del Protocolo, los Estados Partes se comprometen a aplicar los artículos 2 a 34 del Convenio de 1951.

encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.¹⁰⁸

Esta disposición constituye la clave de la bóveda del régimen internacional de protección de los refugiados¹⁰⁹. Se trata de una disposición fundamental, que no admite reservas¹¹⁰ ni derogación alguna¹¹¹.

La prohibición de *refoulement* se aplica exclusivamente a “los refugiados”, tal como los define la Convención, con independencia de que hayan sido formalmente reconocidos como tales; su alcance es, pues, limitado. La prohibición de expulsión y devolución resulta también limitada por la cláusula enunciada en el apartado 2 del artículo 1.

Tal como subraya la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, el principio de *non refoulement* es particularmente relevante en el caso de los solicitantes de asilo: en el caso de que tales personas respondan a la definición convencional y puedan ser consideradas refugiados, según establece el Convenio, no pueden ser expulsadas ni entregadas “en modo alguno”¹¹², hasta que se determine efectivamente su condición, porque sería contrario a las reglas de Derecho internacional relativas a los refugiados¹¹³.

Con todo, no puede afirmarse que el Convenio y el Protocolo constituyan una limitación absoluta a la competencia exclusiva del Estado en materia de entrada de extranjeros; ni el Convenio ni el Protocolo atribuyen a los refugiados el derecho a obtener asilo en un determinado Estado. Los Estados sólo se obligan a adoptar medidas¹¹⁴ para no poner “en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligran por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas”, permitiéndoles el acceso a su territorio y a procedimientos eficientes y expeditivos para solicitar asilo (*Fair and efficient asylum procedures*)¹¹⁵.

¹⁰⁸ V. la interpretación de esta disposición en UNHCR the UN Refugee Agency: *Handbook and Guidelines...cit.*, reissued, December 2011.

¹⁰⁹ UNHCR: *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application...cit.*, p. 2.

¹¹⁰ V. el artículo 42.1 de la Convención y el artículo VII.1 del Protocolo.

¹¹¹ V. las resoluciones de la Asamblea General, A/RES/51/75 de 12 de febrero de 1997 y A/RES/52/132, de 12 de diciembre de 1997.

¹¹² V. la interpretación de esta disposición en: UNHCR: *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement...cit.*, pp. 12 y sig. V. también UNHCR the UN Refugee Agency: *Handbook and Guidelines...cit.*, reissued, December 2011: *...cit.*, pp. 37 y sig.

¹¹³ *Ibid.*, pp. 2-3. Según la Comisión de Derecho internacional, la expresión “reglas de Derecho internacional relativas a los refugiados” significa el conjunto de reglas convencionales, tanto universales como regionales o subregionales, relativas a los refugiados, así como las reglas consuetudinarias pertinentes (Commission de Droit International: *Projet d'articles sur l'expulsion des étrangers et commentaires y relatifs 2014*, Naciones Unidas, 2014, p. 11).

¹¹⁴ Estas medidas pueden consistir, por ejemplo, en el traslado a un tercer Estado seguro o el reconocimiento de alguna forma de protección temporal en determinadas circunstancias (v.: Comité Ejecutivo: *Conclusions sur la fourniture d'une protection internationale y compris moyennant les formes de protection complementaires* No. 103 (LVI) – 2005, 7 octubre 2005).

¹¹⁵ V. Executive Committee of the High Commissioner's Programme: *Safeguarding Asylum*, No. 82 (XLVIII)- 1997, EXCOM Conclusions, 17 octubre 1997. V. también: Executive Committee of the High

B) La generalización de la prohibición de *refoulement*: la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969¹¹⁶ y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Denigrantes de 1984¹¹⁷

El artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone:

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.

El ámbito de aplicación personal de esta disposición es más amplio que el resultante de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados porque se aplica al “extranjero”, no sólo a los refugiados.

La Comisión Interamericana de Derechos ha tenido ocasión de interpretar el sentido y alcance del artículo 33 del Pacto en su Informe n° 51/96¹¹⁸, y en su Informe No. 78/11¹¹⁹. En sustancia, la Comisión interpreta que la prohibición de devolución significa que cualquier persona reconocida como refugiado o que solicita reconocimiento como tal puede acogerse a esa protección para evitar su expulsión. Esto necesariamente implica que esas personas no pueden ser rechazadas en la frontera o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado “el principio de no devolución de refugiados y asilados y solicitantes de ese estatuto”, en su sentencia de 25 de noviembre de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), relativa al *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*. La Corte declaró:

152...esas personas están protegidas contra la devolución como una modalidad específica de asilo bajo el artículo 22.8 de la Convención, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el Estado de que se trate, y como un componente integral de la protección internacional de los refugiados...

Commissioner's Programme, Sixty-four sesión: *Note on international protection. Report of the High Commissioner*, 3 July 2013, p. 7.

¹¹⁶ Sobre este tema v.: CANTOR, D. J., BARICHELLO, S.: “Protection of Asylum Seekers under the Inter-American Human Rights System”, en: ABASS, A., IPPOLITO, F. (ed.): *Regional Approaches...cit.*, pp. 267-294, y MURILLO GONZÁLEZ, J. C.: *La protección internacional de los refugiados en el Sistema Interamericano de derechos humanos*, 2007, <http://www.oas.org>.

¹¹⁷ V. texto en Boletín Oficial del Estado de 9 de noviembre de 1987; v. relación de Estados partes en <http://www.ohchr.org>.

¹¹⁸ Decisión de la Comisión en cuanto al Mérito del Caso 10.675 Estados Unidos, 13 de marzo de 1997, <https://www.cidh.oas.org>. En este caso, la Comisión subrayó que la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso de *Sale, Director Interino del Servicio de Inmigración y Naturalización, Et.A. v. Haitian Centers Council, INC., Et. AL.*, No. 92-344, que fue dictaminado el 21 de junio de 1993, sostuvo, específicamente, que el principio de no rechazo consignado en el artículo 33 no se aplica en el caso de los haitianos que han sido interceptados en alta mar y no en el territorio de los Estados Unidos; con posterioridad a la decisión de la Corte Suprema, Estados Unidos admitió y reconoció el derecho de los refugiados haitianos a buscar y recibir asilo en dicho país.

¹¹⁹ Caso 12.586 Fondo *John Doe y Otros Canadá*, 21 de julio de 2011, <https://www.cidh.oas.org>.

153. Esto necesariamente implica que esas personas no pueden ser rechazadas en la frontera o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones. Antes de realizar una devolución, los Estados deben asegurarse que la persona que solicita asilo se encuentra en la capacidad de acceder a una protección internacional apropiada mediante procedimientos justos y eficientes de asilo en el país a donde se le estaría expulsando. Los Estados también tienen la obligación de no devolver o expulsar a una persona que solicita asilo donde exista la posibilidad de que sufra algún riesgo de persecución o bien a uno desde el cual puedan ser retornados al país donde sufren dicho riesgo (la llamada “devolución indirecta”).

El objeto de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Denigrantes de 1984¹²⁰ es “hacer más eficaz la lucha contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” (preámbulo). Según Naciones Unidas, la adopción de la Convención señaló la culminación del proceso normativo en el ámbito de la lucha contra la tortura¹²¹.

El artículo 1 define la “tortura” del modo siguiente:

1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimiento graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean inflijidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas o a instigación suya, o con su consentimiento o acquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.
2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance”

El artículo 3 de la Convención dispone:

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.

Esta disposición ha sido interpretada en numerosas ocasiones por el Comité contra la tortura¹²² (el Comité), que es el órgano creado en aplicación de la Convención, con

¹²⁰ V. texto en Boletín Oficial del Estado de 9 de noviembre de 1987; v. relación de Estados partes en <http://www.ohchr.org>.

¹²¹ V. *Folleto Informativo N° 17, Comité contra la Tortura*, en <http://www.ohchr.org>.

¹²² V. la relación de casos enumerada por la Comisión de Derecho Internacional en el Proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros, con sus comentarios, adoptado en 2014 (Commission de Droit International: *Projet d'articles sur l'expulsion des étrangers et commentaires y relatifs 2014*, Naciones Unidas, 2014, pp. 66, nota 158 (legal.un.org)).

diversas funciones¹²³. El Comité aprobó directrices relativas al artículo 3 en su Observación general n° 1¹²⁴, en los términos siguientes:

La aplicación del artículo 3 se limita a 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...el autor debe probar que se encuentra en peligro de ser sometido a tortura...

Por lo que se refiere a las personas protegidas, el ámbito de aplicación personal de la Convención contra la Tortura es más amplio que el del Convenio de 1951 y el del Protocolo de 1967; en efecto, en éstos convenios, la prohibición de expulsión o devolución se refieren exclusivamente a los refugiados, en cambio, la protección de la Convención contra la tortura se extiende a toda persona, además, según el Comité contra la tortura, “el texto del artículo 3 de la Convención es absoluto”; así lo afirmó en su dictamen relativo a la Comunicación n° 39/1996¹²⁵:

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 ámbito de aplicación material del Convenio de 1951 y del Protocolo de 1967 son, sin embargo, más amplios: en ambos se prohíbe la expulsión o devolución y poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. En la Convención contra la Tortura, la prohibición de *refoulement* se refiere exclusivamente a la tortura.

C) La prohibición de *refoulement* en el ámbito del Consejo de Europa: jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La disposición convencional que ha hecho posible que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (el Tribunal) elaborara su construcción sobre la prohibición de *refoulement*, que no está consagrada en el Derecho convencional que aplica el Tribunal, es el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950¹²⁶, que dice así:

¹²³ Entre ella se incluye la siguiente: todo Estado Parte en la Convención podrá declarar en cualquier momento, que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones enviadas por personas sometidas a su jurisdicción o, en su nombre, que aleguen ser víctimas de una violación por un Estado Parte de las disposiciones de la Convención (artículo 22).

¹²⁴ Office of the High Commissioner for Human Rights, *Observación General N° 1 Aplicación del artículo 3 en relación con el artículo 22 de la Convención*. 21/11/97. CAT OBSERVACION GENERAL 1. (General Comments) (acunr.org).

¹²⁵ V. Comité contra la Tortura, 18° período de sesiones, 28 abril a 9 de mayo de 1997, CAT/C/18/D/39/1996, 7 de mayo de 1997. V. también *Comunicación N° 258/2004, M. Dadar c. Canadá*, 23 de noviembre de 2005 (Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, *Selección de Decisiones del Comité contra la Tortura*, volumen I, Períodos de sesiones 11° a 38° (noviembre de 1993 a mayo de 2007), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2008, pp. 215 y sig.

¹²⁶ Sobre este tema v.: HARVEY, C.: “The International Protection of Refugees and Asylum Seekers: the Role of Article 3 of the European Convention on Human Rights”, en: ABASS, A., IPPPOLITO, F. (ed.):

Prohibición de la tortura. Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

Sobre esta base jurídica, el Tribunal enunció por primera vez su doctrina jurisprudencial, en su sentencia de 7 de julio de 1989, relativa al caso *Soering v. United Kingdom (Application No. 14038/88)*¹²⁷:

91. En résumé, pareille décision peut soulever un problème au regard de l'article 3 (art. 3), donc engager la responsabilité d'un État contractant au titre de la Convention, lorsqu'il y a de motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on le libère à l'État requérant, y courra un risque réel d'être soumis à la torture, ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

En su jurisprudencia posterior, el Tribunal ha afirmado que la expulsión de un solicitante de asilo puede dar lugar asimismo a la violación del artículo 3¹²⁸; así sucedió en su sentencia de 20 de marzo de 1991, relativa al caso *Cruz Varas and Others v. Sweden (Application No. 15576/89)*, y en su sentencia de 15 de noviembre de 1996, relativa al caso *Chahal c. Royaume Uni (Requête n° 70/1995/576/662)*.

a) Principios generales:

El Tribunal ha enunciado los principios generales aplicables a los casos de expulsión, derivados de su jurisprudencia consolidada en la materia, en su sentencia de 17 de julio de 2008, relativa al caso *N.A. v. The United Kingdom* y en su sentencia de 28 de junio de 2011, relativa al caso *Sufi and Elmi v. The United Kingdom*; esos principios son los siguientes:

- El Convenio de 1950 y sus Protocolos no reconocen el derecho de asilo político, sin embargo, la expulsión de un solicitante de asilo puede plantear problemas en relación con el artículo 3 del Convenio;

Regional Approaches...cit., pp. 171-190 y United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR): *UNHCR Manual on Refugee Protection and the European Convention on Human Rights*, Regional Bureau for Europe, Department of International Protection, April 2003, Updated August 2006.

¹²⁷ El Tribunal se pronunció sobre un caso de extradición de un ciudadano alemán, acusado de un delito castigado con la pena capital, en Estados Unidos, que se planteaba en el Reino Unido. El Tribunal consideró que, en el caso de que el acusado fuera extraditado, se produciría una violación del artículo 3 del Convenio.

¹²⁸ Al pronunciarse sobre la aplicación del artículo 3 en los casos de expulsión de solicitantes de asilo, el Tribunal tiene buen cuidado de subrayar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 del Convenio (el artículo 19 establece la "Institución del Tribunal"), su misión en tales casos consiste exclusivamente en garantizar la observancia de los compromisos asumidos por los Estados Partes en el Convenio y en los Protocolos, y no aplicar directamente el grado de protección derivado de otros instrumentos internacionales (sentencia de 17 de julio de 2008, relativa al caso *N.A. v. The United Kingdom (Application No. 25904/07)*, párrafo 106). En el mismo sentido se pronunció en la sentencia de 21 de enero de 2011, *Case of M. S. S. v. Belgium and Greece (Application No. 30696/09)*: "In cases concerning the expulsion of asylum-seekers the Court has explained that it does not itself examine the actual asylum applications...Its main concern is whether effective guarantees exist that protect the applicant against arbitrary refoulement, be it direct or indirect, to the country from which he or she has fled (see, among other authorities, *T.I. v. the United Kingdom (dec.)*, no. 43844/98, ECHR 2000-III..."

- La protección que se deriva del artículo 3 es absoluta, cualquiera que haya sido la conducta que se reproche al reclamante¹²⁹;

- el Tribunal debe apreciar cuales son las condiciones existentes en el país de destino en relación con el artículo 3 del Convenio, con objeto de determinar si existen razones fundadas (*substantial grounds*) para creer que el demandante se enfrenta a un riesgo real, en caso de retorno. Tales condiciones deben presentar un cierto nivel de gravedad, teniendo en cuenta las circunstancias del caso; esas circunstancias deben concurrir en el momento de la presentación de la reclamación ante el Tribunal;

- dado el carácter absoluto de los derechos garantizados, el artículo 3 del Convenio puede resultar también aplicable en el caso de que el peligro resulte de la actuación de personas o grupos que no representen al Estado; en todo caso debe demostrarse que el peligro existe realmente y que las autoridades del Estado de destino no están en condiciones de proporcionar una protección adecuada para conjurarlo¹³⁰;

- la carga de la prueba de las condiciones anteriores corresponde al demandante¹³¹;

- por lo que refiere, en concreto a la expulsión de los demandantes de asilo, la tarea principal del Tribunal es determinar si existen garantías efectivas para proteger al reclamante contra una expulsión arbitraria (*arbitrary refoulement*), directa o indirecta al país que ha abandonado¹³².

- En conclusión, en un caso de expulsión, la cuestión fundamental que el Tribunal debe dilucidar, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, es si hay razones suficientes (*substantial grounds*) para saber que, en caso de ser expulsada, la persona afectada se enfrentará a un riesgo real de ser sometida a tratos contrarios al artículo 3 del Convenio. En el caso de que se demuestre que tal riesgo existe, la expulsión del reclamante violará necesariamente el artículo 3, independientemente de que el riesgo derive de una situación general de violencia¹³³, de una característica personal del reclamante o de una combinación de ambos.

¹²⁹ En su sentencia relativa al caso *Soering*, el Tribunal declaró que debía garantizar los derechos enunciados en el artículo 3 “however heinous the crime allegedly committed” (párrafo 88); en la misma línea, en su sentencia relativa al caso *Chahal*, el Tribunal afirmó: “...the activities of the individual in question, however undesirable or dangerous, cannot be a material consideration” (párrafos 79-80).

¹³⁰ V. sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de abril de 1997 relativa al caso *HLR v. France* (Application No. 24573/94), párr. 40, y sentencia de 7 de marzo de 2000 relativa al caso *T.I. against the United Kingdom* (Application No. 43844/98), p. 14.

¹³¹ En la sentencia de 21 de octubre de 2014, relativa al caso *Sharfiri et Autres c. Italie et Grèce*, el Tribunal subraya que, hay que tener en cuenta la vulnerabilidad particular de los demandantes de asilo: “il est souvent nécessaire de leur accorder le bénéfice du doute pour l’appréciation de leurs allégations et des éléments de preuve qu’ils produisent à l’appui de celle-ci” (párrafo 172). El Tribunal ha precisado los principios generales relativos a la apreciación de la prueba en su sentencia de 5 de abril de 2011, relativa al caso *Rahimi c. Grèce* (Application no. 8687/08).

¹³² Sentencia de 21 de enero de 2011, relativa al caso *M.S.S. v. Belgium and Greece*, párrafo 286.

¹³³ En el caso *Sufi and Elmi v. The United Kingdom*, el Tribunal afirma que una situación general de violencia solo puede generar tal riesgo “en los casos más extremos” (párrafo 218).

Teniendo en cuenta la importancia fundamental del artículo 3, el Tribunal se reserva, además, “la suficiente flexibilidad” para interpretarlo, teniendo en cuenta el contexto en el que se plantea¹³⁴.

b) Caracteres de la protección

La protección derivada del artículo 3 del Convenio tiene carácter absoluto y es más amplia que la resultante de la Convención sobre la protección del Refugiado de 1951, así lo afirma el Tribunal en su sentencia de 15 de noviembre de 1996, relativa al caso *Chahal c. Royaume Uni*:

79... L'article 3 (art. 3) ne prévoit pas de restrictions, en quoi il contraste avec la majorité des clauses normatives de la Convention et des Protocoles nos 1 et 4 (P1, P4), et il ne souffre nulle dérogation d'après l'article 15 (art. 15) même en cas de danger public menaçant la vie de la nation (voir l'arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, série A n° 25, p. 65, par. 163, et aussi l'arrêt *Tomasi c. France* du 27 août 1992, série A n° 241-A, p. 42, par. 115).

80. L'interdiction des mauvais traitements énoncée à l'article 3 (art. 3) est tout aussi absolue en matière d'expulsion. Ainsi, chaque fois qu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire qu'une personne courra un risque réel d'être soumise à des traitements contraires à l'article 3 (art. 3) si elle est expulsée vers un autre Etat, la responsabilité de l'Etat contractant - la protéger de tels traitements - est engagée en cas d'expulsion (arrêt *Vilvarajah et autres* précité, p. 34, par. 103). Dans ces conditions, les agissements de la personne considérée, aussi indésirables ou dangereux soient-ils, ne sauraient entrer en ligne de compte. La protection assurée par l'article 3 (art. 3) est donc plus large que celle prévue aux articles 32 et 33 de la Convention des Nations Unies de 1951 relative au statut des réfugiés...

Así pues, la protección resultante de la interpretación jurisprudencial del artículo 3 del Convenio es también más amplia que la prevista en la Convención contra la Tortura, cuyo ámbito de aplicación material se aplica exclusivamente a la tortura.

c) Efectos de la protección

La consecuencia jurídica de la protección resultante del artículo 3 del Convenio es que el demandante no debe ser expulsado del Estado en cuestión; de lo contrario resultaría la violación del Convenio. En la jurisprudencia del Tribunal no hay indicación alguna acerca de cual deba ser la condición jurídica del solicitante de asilo o del demandante en el Derecho interno del Estado¹³⁵; su determinación es competencia del Estado¹³⁶.

¹³⁴ V. sentencia de 2 de mayo de 1997, relativa al caso *D. v. The United Kingdom (Application N° 30240/96)*, párrafo 49. En este caso, el Tribunal extendió la protección del artículo 3 a un enfermo de VIH (AIDS), que recibía tratamiento en el Reino Unido. El Tribunal consideró que la expulsión a su país (St. Kitts y Nevis), donde la calidad y la atención que recibiría no eran los adecuados para su enfermedad, en comparación con los proporcionados por el Reino Unido, debía ser considerada como una forma de trato inhumano, incompatible con el artículo 3 del Convenio.

¹³⁵ Esta condición jurídica puede dar lugar a situaciones precarias penosas (v. Conseil de l'Europe, Comité des Ministres: *Résolution ResDH(2002)99 relative à l'arrêt de la Cour européenne des Droits de l'homme du 17 décembre 1996 dans l'affaire Ahmed contre l'Autriche* (<https://wcd.coe.int>)).

¹³⁶ Las sentencias del Tribunal son obligatorias; las Partes “se comprometen a acatar las sentencias del Tribunal en los litigios en los que sean partes” (artículo 46.1 del Convenio). El Tribunal ha interpretado

D) Inclusión de la prohibición de *refoulement* en otros Convenios internacionales

La prohibición de *refoulement* se ha incluido en otros convenios internacionales, en concreto en el Convenio de la Unión Africana sobre cuestiones relativas a los problemas de los Refugiados en África de 10 de setiembre de 1969¹³⁷, en los Convenios de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada, en algunos convenios sobre extradición y en determinados convenios en materia de terrorismo.

a) *Convenio sobre determinadas cuestiones relativas a los problemas de los Refugiados en África*

En el Convenio se incluye la siguiente disposición:

Artículo II

3. Nul ne peut être soumis par un État membre à des mesures telles que le refus d'admission à la frontière, le refoulement ou l'expulsion qui l'obligeraient à retourner ou à demeurer dans un territoire où sa vie, son intégrité corporelle ou sa liberté seraient menacées pour les raisons énumérées à l'article 1, paragraphe 1 et 2¹³⁸.

b) *Convenios de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada*

En diciembre de 2000, se adoptaron en Palermo la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada y dos Protocolos: el Protocolo para prevenir, reprimir

en numerosas ocasiones el sentido de esta obligación. En la sentencia de 13 de junio de 1979, relativa al caso *Marckx c. Belgique (Requête n.º 6833/74)* el Tribunal afirmó que su sentencia es esencialmente declarativa y deja al Estado la elección de los medios a utilizar en su ordenamiento jurídico interno para darle cumplimiento. En la sentencia de 13 de julio de 2000, relativa al caso *Scozzari et Giunta c. Italie (Requêtes nos. 39221/98 et 41963/98)*, el Tribunal recordó que el Comité de Ministros está encargado de vigilar la ejecución de sus sentencias (artículo 46.2 del Convenio). De ello resulta que el Estado al que se ha declarado responsable de haber violado el Convenio o sus Protocolos debe elegir, bajo la vigilancia del Comité de Ministros, las medidas que debe adoptar en su ordenamiento interno para poner fin a la violación reconocida por el Tribunal y eliminar sus consecuencias. Y, en la sentencia de 12 de mayo de 2005, relativa al caso *Öcalan c. Turquie (Requête n.º 46221/99)*, el Tribunal subrayó que las medidas de reparación específicas que debe adoptar un Estado para dar cumplimiento a las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 46 del Convenio, dependen de las circunstancias particulares de la causa y deben ser definidas a la luz de la sentencia dictada por el Tribunal en el asunto de que se trate, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal.

¹³⁷ V. texto en

http://www.au.int/en/sites/default/files/treaties/7765_file_convention_en_refugee_problems_in_africa_ad_disababa_10september1969_0.pdf; v. relación de Estados Partes en:

http://www.au.int/7765_sl_oau_convention_governing_the_specific_aspects_of_refugee_problems_in_africa_6.pdf.

¹³⁸ El artículo I se refiere a la raza, a la religión, a la nacionalidad, a la pertenencia a un grupo social, opiniones políticas, a la agresión, a la ocupación o dominación extranjeras y a alteraciones graves del orden público en un determinado país; sobre este punto v.: UNHCR The UN Refugee Agency: *Personnes couvertes par la Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique et par la Déclaration de Carthégène sur les réfugiés (présenté par le groupe africain et le groupe latino-américain)*, EC/199/SCP/CRP.6, Sous Comité Protection, 6 avril 1992, en <http://www.unhcr.fr>.

y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional 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 Transnacional¹³⁹.

En la Convención contra la delincuencia organizada se incluye una disposición (artículo 16.14), que establece la improcedencia de la extradición en el caso de que el Estado Parte requerido para concederla tenga razones fundadas para creer que la solicitud de extradición se ha presentado con el fin de perseguir a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas o que la situación de dicha persona corre el riesgo de verse agravada por alguno de tales motivos.

En los dos Protocolos¹⁴⁰ se incluye una llamada “cláusula de salvaguardia” que invoca expresamente al principio de *non-refoulement*, consagrado en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967.

c) Convenios sobre extradición

El Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957 (artículo 3.2)¹⁴¹ y la Convención Interamericana sobre Extradición de 25 de febrero de 1981 (artículo 4.5)¹⁴² incluyen sendas disposiciones estableciendo la improcedencia de la extradición en el caso de que el Estado Parte requerido para concederla tenga razones fundadas para creer que la solicitud de extradición se ha presentado con el fin de perseguir a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas o que la situación de dicha persona corre el riesgo de verse agravada por alguno de tales motivos.

d) Convenios en materia de terrorismo

La prohibición de expulsión o entrega está incluida en el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo de 27 de enero de 1977 (artículo 5)¹⁴³, en la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes de 17 de diciembre de 1979 (artículo 9)¹⁴⁴, en el Convenio Internacional para la Represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 15 de diciembre de 1997 (artículo 12)¹⁴⁵ y en el Convenio internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 9 de diciembre de 1999 (artículo 15)¹⁴⁶.

¹³⁹V. el texto de la Convención y los Protocolos en: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Viena: *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, Nueva York (Naciones Unidas) 2004 (<https://www.unodc.org>).

¹⁴⁰ V. artículo 14 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, y el artículo 19 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.

¹⁴¹ V. texto en BOE de 8 de junio de 1982.

¹⁴² V. texto en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-47.html>.

¹⁴³ V. texto en BOE de 8 de octubre de 1980.

¹⁴⁴ V. texto en BOE de 7 de junio de 1984.

¹⁴⁵ V. texto en BOE de 12 de junio de 2001.

¹⁴⁶ V. texto en BOE de 23 de mayo de 2002.

En todos estos Convenios se incluye una disposición excluyendo la extradición o la asistencia judicial recíproca si el Estado Parte al que se presenta la solicitud tiene motivos fundados para creer que la solicitud de extradición o de asistencia judicial se ha formulado con el fin de enjuiciar o castigar a una persona por motivos de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas o que el cumplimiento de lo solicitado podría perjudicar la situación de esa persona por alguno de tales motivos.

E) El Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho internacional sobre la “Expulsión de extranjeros”

En los meses de junio y agosto de 2014, la Comisión de Derecho internacional de las Naciones Unidas (la Comisión) aprobó el proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros con sus comentarios (el Proyecto)¹⁴⁷. En la Segunda parte de este Proyecto de artículos, relativo a “Casos de expulsiones prohibidas”, la Comisión incluye “Normas relativas a la expulsión de refugiados” (artículo 6), así como reglas específicas relativas a la “Obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que su vida estaría amenazada” (artículo 23), y a la “Obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que podría ser sometido a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes” (artículo 24).

El artículo 6 dispone:

Normas relativas a la expulsión de refugiados

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

Según la Comisión, en esta disposición se enuncia la prohibición de la devolución (*refoulement*) en el sentido del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

En el Proyecto, las normas del artículo 6 se aplican a “los refugiados”; el término “refugiado” debe entenderse no solo a la luz de la definición general del artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, complementada por el artículo 1 del Protocolo de 1967, sino también “teniendo en cuenta la evolución ulterior en esta materia”¹⁴⁸. Toda persona que no corresponda a la definición de refugiado en el sentido

¹⁴⁷ Commission de Droit International: *Projet d'articles sur l'expulsion des étrangers et commentaires y relatifs 2014*, Naciones Unidas, 2014, pp. 11 y sig. (legal.un.org).

¹⁴⁸ Según la Comisión, hay que tener en cuenta la práctica de la ACNUR (V. UNHCR the UN Refugee Agency: *Handbook and Guidelines...cit.*, reissued, December 2011: ...*cit.*), así como la definición más

de los instrumentos jurídicos pertinentes está excluida de la protección que se reconoce en el proyecto de artículo 6 y puede ser expulsada...”

Por otra parte, las reglas específicas relativas a la “Obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que su vida estaría amenazada” (artículo 23), y a la “Obligación de no expulsar a un extranjero a un Estado en el que podría ser sometido a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes” (artículo 24) tienen un ámbito de aplicación personal más amplio, ya que se refieren a la expulsión¹⁴⁹ de cualquier extranjero que se encuentre en el territorio del Estado expulsor, “esto es, los extranjeros que se encuentran legalmente en el territorio del Estado expulsor, los extranjeros en situación irregular, los refugiados, las personas desplazadas, los solicitantes y beneficiarios de asilo y los apátridas”, a “todo extranjero que se encuentre en cualquier etapa del proceso de expulsión”.

F) Prácticas contrarias a la prohibición de *refoulement*

Como ya se ha indicado, para prevenir y combatir la trata y explotación de personas, los Estados han adoptado, entre otras medidas, la práctica de “interceptar” a las personas que viajan sin documentación, en el país de salida, en los países de tránsito, en sus espacios marinos e, incluso, en alta mar. En algunos casos, la interceptación afecta a la posibilidad de que refugiados o solicitantes de asilo puedan obtener protección¹⁵⁰.

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados define la interceptación como el conjunto de medidas que los Estados adoptan fuera de su territorio para impedir, obstaculizar, interrumpir, poner fin o evitar que los inmigrantes indocumentados crucen las fronteras internacionales, por tierra, mar o aire, para llegar al país de destino elegido¹⁵¹.

En términos generales, la práctica de la interceptación suele presentar las formas siguientes: a) expulsión o traslado de refugiados o solicitantes de asilo a otro Estado “de

amplia del término “refugiado” que recoge la Convención de la Organización de la Unidad Africana por la que se regulan los Aspectos Específicos de los Problemas de Refugiados en África de 10 de setiembre de 1969 (artículo 1) (v. texto en <http://www.au.int>).

¹⁴⁹ Según el artículo 2 a) del Proyecto, se entiende por “expulsión” un acto jurídico o un comportamiento atribuible a un Estado por el cual un extranjero es compelido a abandonar el territorio de ese Estado; no incluye la extradición a otro Estado, la entrega a una jurisdicción penal internacional ni la no admisión de un extranjero en un Estado; esta última expresión se refiere a “la negativa de las autoridades de un Estado –en general las autoridades encargadas del control de la inmigración y de la vigilancia de fronteras- de admitir a un extranjero en el territorio de ese Estado”. La expulsión se refiere a las medidas adoptadas por un Estado con el fin de compeler a un extranjero ya presente, aunque ilegalmente, en su territorio a abandonarlo.

¹⁵⁰ V. Conseil de l’Europe, Commissaire aux Droits de l’Homme: *Le droit de quitter un pays*, Conseil de l’Europe, 2013, pp. 27 y sig. Amnistía Internacional subraya también que algunas de estas prácticas equivalen a la denegación del acceso a un procedimiento de solicitud de asilo (Amnesty International: *Informe 2015/2016. La situación de los derechos humanos en el mundo*, 2016, p. 14).

¹⁵¹ V. Executive Committee of the High Commissioner’s programme, 18th Meeting of the Standing Committee (EC/50/SC/CPR.17), 9 June 2000: *Interception on Asylum-Seekers and Refugees: the International Framework and Recommendations for a Comprehensive Approach* (<http://www.unhcr.org>) y UNHCR: *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non refoulement Obligation... cit.*

tránsito”, que los acepta y que procede de inmediato a devolverlos a su país de origen¹⁵²; b) adopción de medidas de carácter administrativo, destinadas a interceptar a inmigrantes indocumentados¹⁵³; algunos Estados establecen en Estados extranjeros¹⁵⁴, funcionarios de inmigración, e incluso, empleados de compañías aéreas, para que asistan a las autoridades locales a detectar documentos fraudulentos. En otros casos, el Estado de tránsito recibe ayuda financiera para que adopte medidas para evitar que los inmigrantes irregulares lleguen al país de destino¹⁵⁵.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁵⁶ y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se han pronunciado sobre alguna de estas prácticas.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre la práctica consistente en la expulsión o el traslado de refugiados o solicitantes de asilo a otro Estado “de tránsito”, que los acepta, en su sentencia de 23 de febrero de 2012 relativa al caso *Hirsi Jamaa et autres c. Italia*¹⁵⁷, calificándola de *refoulement indirect*. El Tribunal afirmó lo siguiente:

146. La Cour rappelle le principe selon lequel le refoulement indirect d'un étranger laisse intacte la responsabilité de l'État contractant, lequel est tenu...de veiller à ce que l'intéressé ne se trouve pas exposé à un risque réel de subir des traitements contraires à l'article 3 de la Convention en cas de rapatriement...

¹⁵² Esta práctica se sigue, en particular, cuando la interceptación se realiza en los espacios marinos; los inmigrantes son desembarcados de inmediato en un tercer Estado que los acepta y que procede a devolverlos a su país de origen. Sobre este tema v.: Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, Résolution 1821 (2011), *L'interception et le sauvetage en mer de demandeurs d'asile, de réfugiés et de migrants en situation irrégulière*, adoptada el 21 de junio de 2011, apartado 9.4, y NERI, K.: *Le Droit international face aux nouveaux défis de l'immigration clandestine en mer*, en <http://www.sqdi.org>.

¹⁵³ V. United Nations, General Assembly, A/AC.96/898, 3 July 1998, Executive Committee of the High Commissioner's Programme, Forty-ninth sesión: *Note on International Protection*, p. 16.

¹⁵⁴ Por ejemplo, en los aeropuertos internacionales de los países de origen y de tránsito, para impedir el embarque de personas con documentación irregular, es decir las personas que carecen de la documentación apropiada para viajar al país de destino.

¹⁵⁵ El 15 de octubre de 2015, Turquía y la UE aprobaron *ad referendum* un plan de acción conjunto, con el fin de intensificar su cooperación para apoyar a los ciudadanos sirios bajo protección temporal y la gestión de la migración, para hacer frente a la crisis creada por la situación en Siria, para conseguir resultados, en particular, en la contención de la afluencia de inmigrantes irregulares. El 29 de noviembre de 2015, se celebró una cumbre internacional Unión Europea (UE)-Turquía. La UE se comprometió a proporcionar recursos financieros a Turquía, por un valor inicial de 3.000 millones de euros, con el objetivo de conseguir un apoyo eficiente y complementario de ese país a los ciudadanos sirios bajo protección temporal y a las comunidades de acogida en Turquía. En la Declaración UE-Turquía se afirma que “ambas partes reforzarán...su cooperación activa en materia de migrantes que no necesitan protección internacional, evitando los desplazamientos a Turquía y a la UE, garantizando la aplicación de las disposiciones bilaterales en materia de readmisión y repatriando con rapidez a sus países de origen a aquellos migrantes que no necesiten protección internacional...” (v. PRESS, Declaraciones y Comentarios, 870/15, 29.11.2015: *Reunión de los Jefes de Estado o de Gobierno de la UE con Turquía, 29.11.2015 –Declaración UE-Turquía*).

¹⁵⁶ V. *supra*, p. 28.

¹⁵⁷ Sobre este caso v. UNHCR the UN Refugee Agency: *Submission by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees in the Case of Hirsi and Others v. Italy (Application no. 27765/09)*, marzo de 2010.

147. Il appartient à l'État qui procède au refoulement de s'assurer que le pays intermédiaire offre des garanties suffisantes permettant d'éviter que la personne concernée ne soit expulsée vers son pays d'origine sans une évaluation des risques qu'elle encourt...

3. Limitaciones resultantes de normas de Derecho internacional general: el principio de *non refoulement*

Por último, queremos evocar brevemente la cuestión de la naturaleza del principio de *non refoulement* en el Derecho internacional general, que ha planteado la doctrina. Teniendo en cuenta la abundancia de precedentes, en la jurisprudencia internacional¹⁵⁸, en la doctrina¹⁵⁹, y en diversos documentos internacionales¹⁶⁰ se afirma que la prohibición de *refoulement* habría adquirido el estatus de norma consuetudinaria de Derecho internacional o se habría convertido en un principio general del Derecho internacional que, parafraseando a la Corte Internacional de Justicia, sería obligatorio para todos los Estados al margen de todo vínculo convencional¹⁶¹, e, incluso, que tal principio podría calificarse de norma de *ius cogens*¹⁶², es decir, una norma imperativa de Derecho internacional general, en el sentido del artículo 53 del Convenio sobre el Derecho de los Tratados de 1969¹⁶³.

Por nuestra parte, nos limitamos a dejar planteada esta cuestión como “una tendencia” del desarrollo de las normas del Derecho internacional, citando a la Comisión de Derecho internacional, que, en el “Comentario general” de su Proyecto de artículos sobre la “Expulsión de extranjeros”¹⁶⁴ incluyó las reflexiones siguientes:

¹⁵⁸ V. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Familia Pacheco Tineo...cit.* p. 151.

¹⁵⁹ V. DUFFY, A.: “Expulsion to Face Torture? *Non-refoulement* in International Law” junio 2008, <http://ijrl.oxfordjournals.org>, HAILBRONNER, K., GOGOLIN, J.: “Asylum, Territorial”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, <http://opil.ouplaw.com>, LAUTERPACHT, Sir E., BETHHELM, D.: “The scope and content of the principle of *non-refoulement*: Opinion”, <http://www.unhcr.org>, UNHCR The UN Refugee Agency: *Note on International Solidarity and Refugee Protection EC/SCP/50, International Protection (SCIP)*, 13 July 1988, <http://www.unhcr.org>,

¹⁶⁰ V. *Declaración de Cartagena sobre Refugiados*, de 22 de noviembre de 1984 (<http://www.acnur.org>), *San Remo Declaration of the principle of Non-Refoulement*, septiembre de 2001 (<http://www.peacepalacelibrary.nl>).

¹⁶¹ *Réserves à la Convention sur le Génocide, Avis consultatif: C.I.J. Recueil 1951*, p. 23. V. también: UNHCR The UN Refugee Agency: *Guidance Note on Extradition and International Refugee Protection*, Geneva, April 2009, <http://www.coe.int>.

¹⁶² ALLAIN, J.: “*The jus cogens Nature of non-refoulement*”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 13, No. 4, pp. 533-558, <http://www.heilonline.org>, FARMER, A.: “Non-Refoulement and *Jus Cogens*: Limiting Anti-Terror Measures that Threaten Refugee Protection”, *Georgetown Immigration Law Journal*, Vol. 23: 1, 2008, pp. 1-38, <http://www.hrw.org> y UNHCR The UN Refugee Agency: *A Thematic Compilation of Executive Committee Conclusions*, 7th edition, June 2014, p. 358: *Conclusion No. 25 (XXXIII) – 1982*.

¹⁶³ Según esta disposición, “...Para los efectos de esta Convención, una norma imperativa de Derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

¹⁶⁴ V. Commission de Droit International: *Projet d'articles sur l'expulsion des étrangers et commentaires y relatifs 201*, *op.cit.*..., pp. 11 y sig..

La expulsión de extranjeros...no escapa al derecho internacional...No obstante, la materia en conjunto no descansa sobre una base de derecho internacional consuetudinario ni sobre disposiciones de convenciones internacionales de carácter universal. Algunos aspectos de la cuestión siguen siendo objeto de una práctica limitada que, no obstante, revela tendencias que permiten un desarrollo prudente de normas de derecho internacional en este campo. Por esta razón, el presente proyecto de artículos abarca tanto la codificación como el desarrollo progresivo de normas fundamentales sobre la expulsión de extranjeros...

V. CONCLUSIONES

La afluencia masiva de personas desplazadas, por razones diversas, al territorio de los Estados, ha puesto de actualidad cuestiones clásicas del Derecho internacional que deben reconsiderarse a la luz de los nuevos problemas.

F. de Vitoria y H. Grocio consideraban que el *ius communicationis* era un principio fundamental e inmutable del Derecho de Gentes pero, desde el siglo XVIII, por la influencia de E. de Vattel, se fue consolidando progresivamente la tesis del derecho del Estado a admitir o no extranjeros en su territorio.

Según el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “la libertad de circulación es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona”; de hecho, esa libertad está reconocida en numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos, de ámbito universal o regional: la Declaración Universal de derechos humanos de 1948, el Protocolo Número 4 Reconociendo Ciertos Derechos y Libertades Además de las que ya Figuran en el Convenio y en el Protocolo Adicional al Convenio de 1963, el Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos de 1966, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos de 1981, la Convención sobre los derechos del niño de 1989, la Carta Árabe de Derechos Humanos de 2004, y la Declaración de Derechos Humanos de la Asociación de Estados del Sureste Asiático de 2012. Sin embargo, la generosidad del reconocimiento es inversamente proporcional a su alcance jurídico: sólo la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce el derecho a circular libremente a toda persona pero la resolución no es fuente de derechos y obligaciones.

La interpretación de esos instrumentos permite concluir que el Derecho internacional no reconoce la libertad de circulación, con carácter general, es decir, como un derecho de toda persona. Por el contrario, todos los instrumentos jurídicamente obligatorios reafirman la competencia discrecional del Estado en materia de entrada de extranjeros. Aparentemente existe un derecho individual a circular libremente, un “derecho a emigrar” pero no existe el derecho que sería su corolario, su consecuencia lógica: el “derecho a inmigrar” al territorio de un Estado extranjero, porque cada Estado decide soberanamente acerca de la entrada de extranjeros en su territorio.

Sin embargo, la realidad jurídica del “derecho a inmigrar” no es tan pesimista como parece deducirse de las anteriores consideraciones; la competencia discrecional del

Estado respecto de la admisión de extranjeros en su territorio está sujeta a algunas limitaciones que se derivan del Derecho internacional; así ha sido reconocido por la Corte Permanente de Justicia Internacional, en 1923, en su dictamen sobre los *Decretos de nacionalidad de Tunes y Marruecos*, por Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en 2012, en el asunto *Hirsi Jamaa et Autres c. Italie*, por el Comité de Derechos Humanos, en 1996, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en 2014, en el *Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas Vs. República Dominicana*, y por la doctrina.

Alguna de esas limitaciones tendrían su fundamento en consideraciones humanitarias, derivadas de obligaciones en materia de protección internacional, pero no en el *derecho de asilo*.

En efecto, el asilo aparece enunciado en algunos instrumentos internacionales de diversa naturaleza jurídica, de ámbito universal o regional: en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en el Pacto de San José de 1969, en la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos de 1981, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 y 2007, en la Carta Árabe de Derechos Humanos de 2004 y en la Declaración de Derechos Humanos de la ASEAN de 2012. Sin embargo, la interpretación de los mismos, el análisis de la *jurisprudencia* de los órganos encargados de su aplicación y la práctica en la materia, permite concluir que, en el Derecho internacional no existe un derecho humano al asilo que limite la soberanía del Estado.

Por el contrario, algunas disposiciones convencionales aceptadas por los Estados limitan su competencia en materia de entrada de extranjeros; una de estas disposiciones es la que establece la prohibición de expulsión o devolución (*refoulement*).

La prohibición de *refoulement* fue enunciada por vez primera en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, completada por el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 31 de 1967. La prohibición, que inicialmente se refería sólo a los refugiados, fue adquiriendo progresivamente carta de naturaleza y se incluyó en algunos tratados internacionales de derechos humanos, a saber, en la Convención Americana de 1969 y en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o denigrantes de 10 de diciembre de 1984. Sin embargo, en el sistema regional de protección de derechos humanos, vinculado al Consejo de Europa, que es el más avanzado de los existentes, ni el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ni sus Protocolos la contemplan expresamente; la prohibición de *refoulement* ha sido elaborada y construida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha adoptado abundante jurisprudencia sobre la materia.

La prohibición de expulsión y devolución se ha incluido también en otros convenios internacionales: en el Convenio de la Unión Africana sobre cuestiones relativas a los problemas de los Refugiados en África de 1969, en el Convenio y los Protocolos de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada, adoptados en Palermo en el año

2000, en algunos convenios sobre extradición y en determinados convenios en materia de terrorismo.

La Comisión de Derecho internacional también ha incluido diversas disposiciones sobre la prohibición de expulsión y devolución en el Proyecto de artículos sobre la “Expulsión de extranjeros” de 2014. Por último, hay que subrayar que la evolución del Derecho en esta materia ha generado asimismo la prohibición de ciertas prácticas adoptadas por los Estados contrarias a la prohibición.

Por último, teniendo en cuenta la abundancia de precedentes, en la jurisprudencia internacional, en la doctrina, y en diversos documentos internacionales, se afirma que la prohibición de *refoulement* habría adquirido el estatus de norma consuetudinaria de Derecho internacional o se habría convertido en un principio general del Derecho internacional e, incluso, que tal principio podría calificarse de norma de *ius cogens*. Por nuestra parte, nos limitamos a plantear brevemente esta cuestión como “una tendencia” del desarrollo de las normas del Derecho internacional.

Así pues ¿Se resiente el viejo dogma de la soberanía del Estado por los embates de la humanización del Derecho internacional? Las únicas limitaciones que pueden invocarse fundadamente resultan, en su caso, de las disposiciones convencionales aceptadas por los Estados, en particular de la prohibición de expulsión y devolución. Así las cosas, los problemas planteados por la llegada masiva de extranjeros al territorio de los Estados y las escasas soluciones aportadas a los mismos confirman la soberanía e independencia de aquéllos en el plano del Derecho internacional.